

CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *stricto sensu* – MESTRADO EM DIREITO
NORTON PASSOS WALDRAFF

**EFETIVIDADE DA PROVA E SUAS LIMITAÇÕES DECORRENTES DOS
DIREITOS DE PERSONALIDADE**

CURITIBA
2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *stricto sensu* - MESTRADO EM DIREITO
NORTON PASSOS WALDRAFF

**EFETIVIDADE DA PROVA E SUAS LIMITAÇÕES DECORRENTES DOS
DIREITOS DE PERSONALIDADE**

CURITIBA
2010

NORTON PASSOS WALDRAFF

**EFETIVIDADE DA PROVA E SUAS LIMITAÇÕES DECORRENTES DOS
DIREITOS DE PERSONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Luiz Eduardo Gunther

CURITIBA

2010

Presidente:

Professor Doutor Luiz Eduardo Gunther
Orientador

Professor Doutor Eduardo Milléo Baracat
Membro Interno

Professor Doutor Marcos Augusto Maliska
Membro Externo

Curitiba, de de 2010.

À minha irmã Luciana (*in memoriam*).

*Agradeço a
Luiz Eduardo Gunther por acreditar em mim e pelo
investimento no meu trabalho;
por seu apoio incondicional;
e por me brindar com
sua cultura jurídica
e sua sabedoria.*

*...Um homem se humilha
Se castram seu sonho
Seu sonho é a sua vida
E a vida é trabalho
E sem o seu trabalho
Um homem não tem honra
E sem a sua honra
Se morre, se mata...*

(Gonzaguinha)

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar o conflito existente entre o direito à prova e os direitos de personalidade, colocados no mesmo nível de grandeza, buscando uma forma para conciliar o tal confronto. Para tanto se analisa os direitos fundamentais, suas origens e conceitos, bem como as diversas gerações dos mesmos. Apreciando-se a problemática do acesso ao judiciário, o trabalho se dedica à análise do princípio do devido processo legal, bem como suas manifestações pelo direito ao contraditório e à ampla defesa, sua contemplação nas diversas Constituições na história do Brasil, conceitos, características e finalidades, desaguando no direito à prova como corolário destes princípios, estando alçada ao mesmo nível dos direitos fundamentais. Estuda-se o fenômeno da prova ilícita, inclusive por derivação. O trabalho aborda a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, suas teorias de aplicação, a adoção da doutrina da eficácia imediata adotada pelo Brasil. Esclarece-se que, as garantias e liberdades individuais, quando vistos em relação ao Estado são denominados de direitos fundamentais, contudo, na esfera privada, os mesmos direitos ganham a denominação de direitos de personalidade. São analisadas as características, classificação e as categorias de direitos de personalidade, dando especial ênfase ao direito à vida e à integridade física, à vida privada e à intimidade, à imagem e direito à honra. Após apreciação destes tópicos, o estudo enfrenta a problemática do conflito entre o direito à prova e os direitos de personalidade. Aborda as diferenças entre princípios e regras, a lei da colisão desenvolvida por Alexy. Cuida dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, este em seus três aspectos: adequação; necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Busca o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do princípio da proporcionalidade. Por fim, o estudo traz alguns casos notórios de conflito entre o direito à prova e direitos de personalidade do empregado, em especial quanto à vida privada, intimidade e sigilo.

Palavras-chave: direitos de personalidade, eficácia horizontal dos direitos fundamentais, proporcionalidade, lei de colisão, prova ilícita.

RESUMEN

El presente estudio tiene por objetivo analizar el conflicto existente entre el derecho a la prueba y los derechos de personalidad, puestos en el mismo nivel de grandeza, buscando una manera para conciliar el enfrentamiento para tanto se analizan los derechos fundamentales, sus orígenes y sus conceptos, bien como las diversas generaciones de los mismos. Apreciándose la problemática del acceso al judicial, el trabajo se dedica a la analicé del principio del debido proceso legal, bien como sus manifestaciones por el derecho al contradictorio y a la antia defensa, su contemplación en las diferentes constituciones en la historia del Brasil, conceptos, características y finalidades, desaguando en el derecho a la prueba como corolario de estos principios, estando alzada al mismo nivel de los derechos fundamentales. Se estudia el fenómeno de la prueba ilícita, incluso por derivación. El trabajo aborda la eficacia del horizontal de los derechos fundamentales, sus teorías de aplicación, la adición de la doctrina de la eficacia inmediata adoptada por el Brasil. Se aclara que, las garantías y libertades individuales cuando vistos en relación al Estado son llamadas de derechos fundamentales, sin embargo, en la esfera privada, los mismos derechos ganan la denominación de derechos de personalidad. Son analizadas las características, clasificación y las categorías de derechos de personalidad, dando especial énfasis al derecho a la vida y a la integridad física, a la vida privada y a la intimidad, a la imagen y derecho a la honra. Tras apreciación de estos tópicos, el estudio enfrenta la problemática del conflicto entre el derecho a la prueba y los derechos de personalidad. Aborda las diferencias entre principios y reglas, la ley de la colisión desarrollada por Alexy. Cuida de los principios de razonabilidad y de la proporcionalidad, esto en sus tres aspectos: adecuación; necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Busca el entendimiento del Supremo Tribunal Federal a respecto del principio de la proporcionalidad. Por fin, el estudio trae algunos casos notorios de conflicto entre el derecho a la prueba y derechos de personalidad del empleado, en especial cuanto a la vida privada, intimidad e sigilo.

Palabras-clave: *Derechos de personalidad, eficacia horizontal de los derechos fundamentales, proporcionalidad, ley de colisión y prueba ilícita.*

LISTA DE SIGLAS

ADI	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
CCB	- Código Civil Brasileiro
CDC	- Código de Defesa do Consumidor
CPC	- Código de Processo Civil
CRFB	- Constituição da República Federativa do Brasil
CLT	- Consolidação das Leis do Trabalho
EC	- Emenda Constitucional
LACP	- Lei da Ação Civil Pública
LAP	- Lei da Ação Popular
MP	- Ministério Público
MPT	- Ministério Público do Trabalho
OEA	- Organização dos Estados Americanos
PEC	- Projeto de Emenda à Constituição
PL	- Projeto de Lei
RESP	- Recurso Especial
RO	- Recurso Ordinário
RR	- Recurso de Revista
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
TRF	- Tribunal Regional Federal
TRT	- Tribunal Regional do Trabalho
TST	- Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

RESUMO	07
RESUMEN	08
LISTA DE SIGLAS	09
1 INTRODUÇÃO	12
2 O DIREITO FUNDAMENTAL À AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO (DIREITO À PROVA)	16
2.1 O ESTADO MODERNO E O SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	16
2.1.1 Direitos Fundamentais de Primeira Geração.....	21
2.1.2 Direitos Fundamentais de Segunda Geração.....	23
2.1.3 Direitos Fundamentais de Terceira Geração.....	24
2.2 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	25
2.3 A PROBLEMÁTICA DO ACESSO À JUSTIÇA.....	29
2.4 A GARANTIA FUNDAMENTAL AO DEVIDO PROCESSO LEGAL (<i>DUE PROCESS OF LAW</i>).....	33
2.4.1 O Princípio do Contraditório.....	37
2.4.2 O Princípio da Ampla Defesa.....	41
2.4.3 O Direito à Ampla Produção da Prova.....	42
2.5 PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA.....	47
3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	54
3.1 TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	55
3.1.1 A Teoria Negativa da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais (<i>State Action</i>).....	55
3.1.2 A Doutrina da Eficácia Indireta ou Mediata dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas (<i>Mittelbare Drittwirkung</i>).....	59
3.1.3 A Doutrina da Eficácia Direta ou Imediata dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas.....	61
3.2 DIREITO BRASILEIRO – A EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS – A COMPREENSÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE.....	64
3.2.1 Distinção dos Direitos Humanos, Fundamentais e de Personalidade.....	68
3.2.2 Conceito de Direitos de Personalidade.....	71
3.2.3 Natureza Jurídica.....	75
3.2.4 Características dos Direitos de Personalidade.....	76
3.2.5 Categorias dos Direitos de Personalidade (classificações).....	78
3.3 OS DIREITOS DE PERSONALIDADE EM ESPÉCIE.....	80
3.3.1 Direito à Vida e Integridade Física.....	81
3.3.2 Direito à Vida Privada e à Intimidade.....	83
3.3.3 Direito à Imagem.....	87
3.3.4 Direito à Honra.....	89
4. COLISÃO ENTRE DIREITO À PROVA E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE – SOLUÇÕES – CASUÍSTICA	92
4.1 DISTINÇÃO ENTRE NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS.....	92

4.2 COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS E CONFLITOS ENTRE REGRAS.....	98
4.3 LEI DA COLISÃO.....	100
4.4 POSTULADOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.....	103
4.4.1 Nomenclatura.....	103
4.4.2 Razoabilidade.....	104
4.4.3 Proporcionalidade.....	106
4.4.4 Diferença entre Razoabilidade e Proporcionalidade.....	107
4.4.5 Ponderação, Razoabilidade e Proporcionalidade – Entendimento do Supremo Tribunal Federal.....	109
4.4.6 Proporcionalidade em Matéria de Prova.....	111
4.5 CASUÍSTICA.....	113
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	124
REFERÊNCIAS.....	132

1 INTRODUÇÃO

Após período obscuro, com incertezas e inseguranças, a partir de 1988 o Brasil vive uma nova realidade à luz de uma Constituição Federal, que redemocratizou o país. O constituinte de 1988 elegeu para o Brasil a forma de um Estado Democrático de Direito, elaborando uma Carta de cunho eminentemente social. Foram revigorados antigos direitos fundamentais, somando-se novas liberdades e garantias sociais e individuais. Erigiu-se como fundamento maior o princípio da dignidade humana, em um novo conceito de Cidadania.

Encartado nesse contexto, social e democrático, insere-se o Direito Empresarial e a Cidadania, como objeto do Curso de Mestrado, que induz ao presente trabalho que será desenvolvido em linha de pesquisa atinente às Obrigações e Contratos Empresariais – Responsabilidade Social e Efetividade.

A busca da efetividade ocorre em todos os campos da realidade sócio-econômica e jurídica. Em suas relações negociais e sociais a empresa desenvolve participação de fundamental importância, grandes grupos econômicos são capazes de dar sustentação ao desenvolvimento de cidades, muitas das vezes desempenhando um papel tão forte quanto o próprio Estado. Decorre daí sua responsabilidade social e a efetividade das suas atividades, buscando ser uma empresa social.

Em toda e qualquer relação existe uma potencial possibilidade de demandas e confrontos, que deverão ser resolvidos pelo Estado-jurisdição. Pois, ao Estado é dado o poder-dever de dizer o Direito.

Os embates judiciais, em regra, apresentam divergência entre as partes, quanto à verdade dos fatos. Onde, a necessidade da sua demonstração através do instituto da prova.

Ao gosto dos processualistas mais radicais, o direito à prova, pretendem, seja absoluto, sob o argumento que num Estado Democrático de Direito somente se admite uma decisão que seja justa, sendo que isto somente será possível se for calcada sobre a realidade dos fatos, sobre os quais contendem as partes. Se, dizem, uma sentença não refletir a exata realidade dos fatos, não será uma sentença justa, não sendo justa, não pode ser pronunciada pelo Estado-jurisdição.

Assim, coloca-se o direito à prova, como direito de primeira grandeza, corolário da garantia constitucional do *duo process of law*.

Contudo, o exercício do direito à prova, por mais privilegiado que possa ser, como instrumento da nobre busca de uma decisão justa, para dar a cada um, o que é seu, não é um direito absoluto, como, aliás, nenhum direito o é.

Outros direitos e garantias, individuais e sociais, também colocam-se no *status* de primeira grandeza.

Assim como dois corpos não ocupam o mesmo espaço, flagrantemente, se instalará uma tensão entre dois direitos da mesma grandeza, causando conflito dentro do processo que deverá ser, de alguma forma, resolvido.

Deste confronto entre o direito à prova e outros direitos fundamentais, surge a problemática a ser enfrentada: em qual medida é possível conciliar o direito à prova e os direitos fundamentais ou direitos de personalidade?

Vislumbra-se num primeiro momento duas hipóteses para solução do problema, uma positiva, que poderá conceber alguma forma de, em determinada medida, conciliar o direito à prova e os direitos de personalidade, para possibilitar que haja efetividade ao meio de prova escolhido.

Numa hipótese negativa, a constatar que não será possível tal conciliação, um dos direitos deverá sempre preferir o outro, segundo se constatar.

O desenvolvimento do trabalho tem como objetivo geral, verificar como e por quais critérios seria possível conciliar a obtenção da prova lícita e legítima respeitando-se os direitos de personalidade, a fim de que o meio eleito para prova de determinado fato seja eficaz.

A fim de atingir resposta à problemática que se enfrenta, serão observados como objetivos específicos, analisar o surgimento, bem como conceituar os direitos fundamentais; analisar a problemática relativa ao acesso à justiça, bem como os princípios do devido processo legal e seus desdobramentos no contraditório e ampla defesa; buscar-se-á conceito de prova e apreciação do fenômeno da prova ilícita.

Em um segundo momento, será analisada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, suas teorias quanto à aplicação e forma. Buscar a distinção entre direitos humanos, fundamentais e de personalidade, seus conceitos, características e categorias, com uma breve análise sobre as mesmas.

Ainda na tentativa de solucionar o problema apontado, será estudada a colisão de princípios e regras, a lei da colisão, bem como os princípios da

razoabilidade e proporcionalidade, com enfoque na orientação do Supremo Tribunal Federal, trazendo luz a casuística do problema enfrentado pelo Judiciário.

No primeiro capítulo será estudado o Estado Moderno e o surgimento dos direitos fundamentais -Trará um breve relato sobre o histórico do surgimento dos direitos fundamentais, desde Maquiavel, passando pelas monarquias, fortalecido por ideias de Thomas Hobbes, por doutrinas revolucionárias de cunho jusnaturalistas e a contribuição de John Locke, expandindo-se nas ideias do iluminismo, sem deixar de lado as contribuições de Jean-Jacques Rousseau, Montesquieu, Emmanuel Sieys até alcançar, atravessando, as diferentes Declarações de Direitos do Povo da Virgínia e da declaração Francesa, utilizado como marco teórico, entre outras, as obras do espanhol Antonio-Enrique Perez Luño e do brasileiro Ingo Wolfgang Sarlet, onde se buscará o entendimento quanto aos direitos fundamentais, seu surgimento, conceito, gerações, sempre com apoio de outros doutrinadores de notável conhecimento jurídico. O estudo do acesso à Justiça, os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, será apoiado na obra de Nelson Nery Junior, Rui Portanova e Vicente Greco. Buscar-se-á esclarecer a subdivisão dos Direitos Fundamentais em três Gerações. Por fim, para aprofundamento da problemática da prova ilícita será visitada a recente obra de Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, denominada “Prova”.

O capítulo segundo, tratará da eficácia horizontal dos direitos fundamentais tendo forte apoio em Daniel Sarmento, que alude ao enfraquecimento do Estado, aliado à globalização econômica. Bem como na obra de Gilmar Mendes, Incêncio Mártires e Paulo Gustavo Gonet Branco, autores estes, que enfocam sobre as Teorias de Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais; Teoria Negativa da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais (*Station Action*) que se destacou nos Estados Unidos a qual nega a eficácia dos direitos fundamentais; Teoria da Eficácia Indireta ou Mediata (*Mittelbare Drittwirkung*) ,desenvolvida por Günther Dürig tornando-se doutrina dominante no direito germânico; Teoria da Eficácia Direta ou Imediata dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas, criada por Hans Carl Nipperdey , na Alemanha, mas destacou-se em Portugal e Espanha, sendo a doutrina adotada também pelo Brasil. Ainda, na literatura jurídica estrangeira vai ser buscado aporte em Claus-Wilhelm Canaris, José Joaquim Gomes Canotilho e Konrad Hesse. Os direitos de personalidade, seu conceito, natureza jurídica, características, classificação e categorias em espécie serão estudados com apoio

nas obras de Carlos Alberto Bittar, Adriano de Cupis, Santos Cifuentes, Rubens Limongi França, além de Elimar Szaniawski.

Por fim, no terceiro capítulo e fortemente embasado na doutrina de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Humberto Ávila, Josef Esser, José Sérgio da Silva Cristóvan, Eros Roberto Grau e Guilherme Guimarães Feliciano, contemplará a colisão entre direito à prova e os direitos de personalidade – soluções – casuística. Discorrendo sobre distinção entre normas, regras e princípios, colisões entre direitos fundamentais, assim como conflitos deste com outros valores constitucionais; colisões entre princípios e conflitos entre regras. Estudar-se-á, ainda, neste capítulo a lei da Colisão, proposta por Alexy com intuito de resolver casos em que ocorre conflitos entre princípios. Destacar-se-á também os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, estudando-se seus conceitos, suas diferenças e os aspectos que informam a proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Dando especial ênfase à proporcionalidade em matéria de prova. Será pesquisado o entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação a aplicação do postulado da proporcionalidade. Por fim, passará ao estudo de casos em que os Tribunais do Trabalho resolveram conflitos entre o direito à prova e os direitos de personalidade.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO (DIREITO À PROVA)

2.1 O ESTADO MODERNO E O SURGIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O nascimento e evolução dos direitos fundamentais acompanham a história do Estado e da limitação do poder deste em face do homem. Para Sarlet, a história dos direitos fundamentais acompanha o surgimento do Estado constitucional moderno, o qual tem por essência o reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais¹.

O termo Estado, em seu sentido *latu*, encontra seu primeiro registro na obra do pensador Nicolau Maquiavel, considerado o pai da Ciência Política, em sua obra *O Príncipe*² de 1513. Contudo, o Estado Moderno tomou corpo a partir do século XV, com a unificação das grandes nações, quando surgiram as Monarquias Absolutas.

Embora a ideia de dignidade da pessoa humana e de alguns direitos inerentes ao ser humano por natureza, tais como a liberdade e igualdade tenham raízes na filosofia clássica e no pensamento cristão, à época das Monarquias Absolutistas o Estado era o único detentor do monopólio da força legítima para a manutenção da ordem vigente, não dispondo o homem qualquer garantia frente à força e o arbítrio daquele.

Com o advento das Monarquias Absolutistas, o Estado se firma como uma instituição de poder para organizar coercitivamente a sociedade através do Direito por ele ditado, imposto e executado, sem que houvesse possibilidade de resistência ou garantia contra os desmandos cometidos.

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 36.

² MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. Tradução de Pietro Nasseti. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.

Com intuito de suprir suas necessidades, nos primórdios da Idade Média, a burguesia, cujo poder econômico tinha suplantado o dos senhores feudais, aliou-se ao Rei para absolutizar o poder na figura deste. A centralização do poder na pessoa do Rei contou, ainda, com a nova ideologia nacionalista pró-unificação dos Estados Nacionais, desenvolvida por Maquiavel.

Maquiavel foi o primeiro grande pensador da Idade Moderna, o qual desprezava a ideia deísta da Idade Média, para proclamar que a origem do poder não era divina, e, sim, se encontrava na força.

Tal ideia foi fortalecida por Thomas Hobbes, para quem os homens eram maus por natureza, sendo necessária a centralização do poder nas mãos do monarca, para afastar o estado de violência inerente ao homem e oferecer segurança à sociedade. Defendia a teoria do Governo Absoluto, onde os direitos do homem como indivíduo não tinham condições de ser exigidos, pois na verdade os habitantes do reino eram apenas súditos, e não titulares de direitos.

Aliado à burguesia, a tarefa de unificar o Estado foi cumprida pelo Rei, que passou a governar de forma absoluta. O grande paradigma dos Monarcas Absolutistas foi Luiz XIV, o qual proferiu a famosa frase *L'État c'est moi* (O Estado sou eu).

O poder era centrado na pessoa do Rei, a quem era dado dizer o direito como bem entendesse. Os mandos e desmandos no Absolutismo Monárquico eram baseados e justificados no Poder Divino dos Reis e assim fazia-se o Pacto Social, através do qual os súditos contratavam a sua própria submissão perante o Estado.

Paralelamente, desenvolviam-se doutrinas revolucionárias de cunho jusnaturalista, que exerceram inegável influência no futuro reconhecimento dos direitos fundamentais. Expoente de tal pensamento, São Thomás de Aquino somava à já conhecida ideia cristã de igualdade dos homens perante Deus, ao direito natural, tendo por essência a própria natureza racional do ser humano, pregando que, em casos extremos, a sua desobediência pelos governantes poderia gerar até mesmo a resistência por parte dos governados.

O pensamento de São Thomás de Aquino dava fundamental importância à dignidade da pessoa humana, arraigando-a ao jusnaturalismo de forma definitiva.

A defesa da ideia de que o homem detinha direitos naturais, e, portanto, teria de haver a imposição de limites ao poder do Estado ganhou força com o surgimento do Iluminismo, cuja inspiração era de natureza jusracionalista.

Decisiva foi a contribuição de John Locke (1632-1724), segundo Ingo Wolfgang Sarlet, inclusive sobre os autores iluministas franceses, alemães e americanos do século XVIII, sendo o primeiro a reconhecer “[...] aos direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, inclusive, aos detentores do poder, este por sua vez baseado no contrato social [...]”.³

Ressalta, contudo, Sarlet, a circunstância de que, para Locke, “[...] apenas os cidadãos (e proprietários, já que identifica ambas as situações) poderiam valer-se do direito de resistência, sendo verdadeiros sujeitos e não meros objetos do governo.”⁴

Dessa forma, Locke desenvolveu ainda mais a ideia do contratualismo social, traçando aquelas que seriam as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista, o qual abriu caminho para o constitucionalismo e o reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos.

O iluminismo culminou na elaboração da doutrina do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do homem. Dentre diversos pensadores da época, ganha destaque o nome de Thomas Paine, pois de sua obra despontou a expressão que se tornaria corrente “direitos do homem” a substituir a que se chamava até então “direitos naturais”.

A Revolução Francesa põe fim à era medieval e marca o início da Idade Contemporânea. A teoria da Soberania Divina dos Reis, enfraquecida, passa a dar lugar a um novo discurso a justificar e fundamentar o poder político, chegada da teoria da Soberania Popular.

Além dos já citados, contribuíram para a formação do novo discurso político, grandes ideólogos, entre eles: Jean-Jacques Rousseau, Montesquieu e Emmanuel-Joseph Sieyes.

Rousseau apregoava que o soberano não era o representante de Deus na terra, mas deveria ser o representante do povo. A soberania popular seria a expressão da vontade soberana de todos os homens considerados livres e iguais por natureza.

Nascia o Estado Constitucional limitado pelo Direito, destruindo o antigo regime da monarquia tradicional absolutista.

³ SARLET, 2009, p. 36.

⁴ Id., 2009, p.36.

Apesar da divergência na doutrina quanto à paternidade dos Direitos Fundamentais, se positivados pela Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, (1776) ou pela Declaração Francesa (1789), o relevante para este estudo é que tais diplomas são a marca inicial da universalização e supremacia dos direitos naturais do homem.

Registre-se que as incursões nesta esfera, ocorridas até então, tais como a *Magna Charta*, e a *Toleration Act* da colônia americana de Maryland não podem ser reputada como garantia de direitos fundamentais, pois poderiam a qualquer momento ser subtraídas pelo Monarca. Na Inglaterra, a *Petition of Rights*, o *Habeas Corpus Act* e o *Bill of Rights*, embora tenham contribuído para a limitação do poder da Coroa Britânica, significaram apenas uma evolução das liberdades e privilégios estamentais da era medieval para liberdades genéricas, ampliando e incluindo a totalidade dos ingleses, porém não vinculavam o Parlamento.

Assim, o verdadeiro marco inicial dos Direitos Fundamentais ocorreu com sua positivação através da Declaração de Direitos do Povo da Virgínia e da Declaração Francesa. Nesse momento ocorre a transmutação dos direitos e liberdades, já conhecidos na Inglaterra, em Direitos Fundamentais na acepção hoje conhecida.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, as declarações americanas haviam incorporado em seus textos:

[...] direitos e liberdades já reconhecidos pelas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com a nota distintiva de que a despeito da virtual identidade de conteúdo, guardam as características da universalidade e supremacia dos direitos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos.⁵

Contudo, para o citado autor, através da nota distintiva da supremacia normativa e posterior garantia de sua justicialidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade, pela primeira vez

[...] os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, ainda que este *status* constitucional

⁵ SARLET, 2009, p. 43.

da fundamentalidade em sentido formal tenha sido definitivamente consagrado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição de 1791, mais exatamente, a partir do momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa.⁶

Fruto da revolução que instaurou a ordem burguesa na França, pondo fim ao antigo regime, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) tem importância da mesma envergadura das declarações americanas.

Tanto a Declaração francesa, quanto as americanas, têm em comum a forte influência jusnaturalista e reconhecem os direitos fundamentais do homem como inalienáveis, invioláveis, imprescritíveis, expandindo-os a todos, deixando de beneficiar apenas uma casta ou estamento⁷. Houve flagrante e recíproca influência de uma sobre a outra, sendo ambos os movimentos com forte inspiração iluminista, podendo ser citados Rousseau e Montesquieu como nomes de destaque à época.

O Estado de Direito firmou-se juntamente com a positivação dos direitos fundamentais, ainda que traçados de forma sumária num primeiro momento, porém o desenvolvimento de tais direitos foi decisivo para a afirmação do Estado de Direito.

O Estado passou a ser uma criação da sociedade civil, estando a ela subordinado e somente sendo legitimado aquele que fosse representativo, ou seja, cujos dirigentes fossem membros eleitos pelos cidadãos.

Ingo Sarlet traz a lição do doutrinador alemão Klaus Stern, extraída da obra *Das staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, para quem

[...] as idéias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal. Somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a autêntica dignidade fundamental.⁸

Resta evidenciado, portanto, que o nascimento dos direitos fundamentais propriamente ditos ocorreu através de sua positivação pela Declaração de Direitos do Povo da Virgínia e pela Declaração Francesa.

⁶ SARLET, 2009, p. 43.

⁷ LUÑO, Antonio-Enrique Perez, **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 35-36.

⁸ STERN, 1988, p. 181 *apud* SARLET, 2009, p. 58.

Contudo e desde então, a história da humanidade passou por diversas transformações, exigindo, em contrapartida que os direitos fundamentais fossem se adaptando para acompanhar a evolução esperada pela sociedade.

Sintetizou Bobbio o desenvolvimento dos direitos do homem em três fases. Num primeiro momento,

[...]afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade *em relação ao Estado*;

O autor declara que, num segundo momento,

[...]foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como impedimentos, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade *no Estado*);⁹

Numa terceira fase, finalmente, Bobbio aponta a proclamação dos direitos sociais,

[...] que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores – como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade *através ou por meio* do Estado.¹⁰

Tais transformações se deram não apenas no seu conteúdo, mas também no que diz respeito à titularidade, eficácia e efetividade dos direitos fundamentais.

Costuma-se dizer, a respeito de tais transformações sofridas pelos direitos fundamentais, da existência de gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.

2.1.1 Direitos Fundamentais de Primeira Geração

⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 32.

¹⁰ Ibid., p. 32

Os direitos fundamentais se encontram em permanente processo de evolução, expansão, cumulação e de fortalecimento, não podendo negar-se a sua natureza cumulativa e de complementaridade.

Para Mendes, Coelho e Branco, numa perspectiva histórica de sua evolução, os direitos fundamentais se compõe em três gerações. Quanto à primeira delas

[...] os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de primeira geração. Pretendiam, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí [...] traduzirem postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre os aspectos da vida pessoal de cada indivíduo.¹¹

Percebe-se que a primeira geração ou dimensão de direitos fundamentais se confunde com o próprio surgimento do Estado Moderno, de âmago individualista, em decorrência de seu nascedouro junto ao pensamento liberal-burguês, firmou-se nesse aspecto como direito do indivíduo frente ao Estado, notadamente como direitos de defesa contra a ingerência na autonomia do indivíduo. Por isso fala-se de sua natureza negativa, do direito de resistir ou opor-se perante o Estado¹².

São exemplos de direitos de primeira dimensão: o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei (igualdade formal), alguns direitos de natureza política, como votar e ser votado, bem como algumas garantias de ordem processual como o devido processo legal e o *habeas corpus*.

O paradigma da primeira geração era o indivíduo considerado em si mesmo, por isso direitos de greve e liberdade sindical não eram tolerados no Estado de Direito Liberal.

Segundo os autores Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, os direitos fundamentais de primeira geração foram o início da alforria do ser humano reconhecido por uma Constituição:

São direitos que surgiram com a idéia de Estado de Direito submisso a uma Constituição. Longe da hegemonia de um soberano, cuja vontade era lei, concebeu-se um Estado em que as funções do poder fossem atribuídas a

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 233.

¹² SARLET, 2009, p. 47.

órgãos distintos, impedindo a concentração de poderes e o arbítrio de uma ou de um grupo de pessoas.¹³

Assim, considerava-se que o Estado deveria ser um guardião, permanecendo à distância de qualquer interferência no relacionamento social. Esperava-se, pois, um comportamento de abstenção do Estado.

2.1.2 Direitos Fundamentais de Segunda Geração

O surgimento da segunda geração ou dimensão de direitos fundamentais, decorrente do processo de industrialização, que gerou graves problemas de ordem social e econômica até então desconhecidos. Esses problemas fundamentaram inúmeras reivindicações, principalmente por parte de trabalhadores, exigindo do Estado, agora, um comportamento positivo para atender aos anseios da sociedade faminta e desesperada.

Explicam Mendes, Coelho e Branco que o descaso com os problemas sociais veio a caracterizar o *État Gendarme*, pois, estava também associado

[...] associado às pressões decorrentes da industrialização, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social.¹⁴

Caracterizam-se os direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão, pela sua natureza social, tais como: saúde, educação, trabalho, assistência social. Trata-se agora de liberdade e igualdade material, não apenas formal, pois o ideal absenteísta não mais correspondia às necessidades da sociedade naquele momento histórico.

¹³ ARAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidar Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. atualizada até a Emenda Constitucional n. 56. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 116.

¹⁴ MENDES, COELHO E BRANCO, 2008, p. 233.

Acompanharam, ainda, os direitos de segunda geração, novas garantias sociais como a liberdade sindical, direito de greve e o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores, em especial quanto à limitação de jornada de trabalho, salário mínimo, além de férias e descanso semanal.

Portanto, verifica-se a transição de direitos individuais de cunho egoísta, para direitos sociais, considerados como princípio da justiça social. Trata-se da tentativa de reduzir a extrema desigualdade social existente entre as classes operárias e os empregadores, mais ricos e mais pobres, ou seja, a desigualdade material decorrente do grau de poder econômico.

Os direitos fundamentais de segunda geração, segundo Araujo e Nunes Júnior, traduzem uma etapa de evolução na proteção da dignidade humana:

Sua essência é a preocupação com as necessidades do ser humano. [...] o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama agora uma nova forma de proteção de sua dignidade, como seja, a satisfação das necessidades mínimas para que se tenha dignidade e sentido na vida humana.¹⁵

São direitos considerados de segunda geração, portanto, os direitos sociais, os econômicos e os culturais, seja no âmbito individual, seja no âmbito da coletividade.

2.1.3 Direitos Fundamentais de Terceira Geração

Seguindo a evolução da humanidade, surgem, como direitos fundamentais de terceira dimensão ou geração, aqueles que não são voltados para o indivíduo, mas, sim, para um grupo de pessoas, uma coletividade, uma comunidade. Caracterizam-se como direitos cuja titularidade é difusa ou coletiva. Trata-se de direitos fundamentais direcionados ao homem como ser social e coletivo, transcendendo a figura individual de cada ser humano, para resguardar o interesse da coletividade. O homem, enquanto ser social, deixa de existir como um destinatário certo e individualizado passando a uma visão transindividual, para salvaguardar uma

¹⁵ ARAUJO e NUNES JÚNIOR, 2008, p. 117.

coletividade muitas vezes indefinida e indeterminada, a princípio, cuja titularidade vai despontar ao longo do período.

Colocam-se, como exemplos de direitos fundamentais de terceira geração, os direitos ao meio ambiente íntegro, à qualidade de vida, à paz social, à preservação do patrimônio histórico e cultural, entre outros diversos direitos, cujo traço distintivo é a sua titularidade, que se volta para a coletividade difusa, incerta, porém determinável quando da ofensa de tais garantias.

Passa-se a considerar a essência da vida, a razão de existir do homem, pensando no homem enquanto gênero, muito além do indivíduo ou do grupo. Na essência desses direitos encontram-se a solidariedade e a fraternidade, consideradas como uma conquista da humanidade¹⁶.

Para parte da doutrina, no contexto da terceira dimensão dos direitos fundamentais, encontram-se as garantias contra a manipulação genética, direito de morrer com dignidade, direito à mudança de sexo, casamento entre pessoas do mesmo sexo e possibilidade de adoção de criança por casal homossexual.

Pequena parcela dos doutrinadores, contudo, já apregoam uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, a enquadrar os acima indicados.

Na doutrina brasileira destaca-se, na defesa do reconhecimento da nova geração de direitos fundamentais, Paulo Bonavides, que se posiciona favoravelmente à existência de uma quarta dimensão, sob o argumento que esta seria resultado da globalização dos direitos fundamentais, que corresponderia à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. Segundo o ilustre doutrinador, a quarta dimensão dos direitos fundamentais seria composta pelos direitos à democracia direta, à informação e ao direito ao pluralismo. De fato, a proposta oferece uma nova fase do reconhecimento de tais direitos de forma qualitativamente diversa das anteriores¹⁷.

Não cabe ao presente estudo entrar neste debate, pois aqui interessa tão-somente, examinar aspectos relevantes ao surgimento dos direitos fundamentais no Estado Moderno. Tal enfoque destina-se a propiciar melhor entendimento acerca de seu despontar no tempo e no espaço, como perspectiva histórica, a fim de propiciar ao leitor condições para acompanhamento e entendimento do que se propõe o presente trabalho.

¹⁶ ARAÚJO E NUNES JÚNIOR, p. 117-118.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 524.

2.2 CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O conceito de direitos fundamentais é altamente imbricado com as noções de Constituição e Estado Democrático de Direito.

Klaus Stern, citado por Sarlet, traça paralelo entre Constituição e direitos fundamentais já no século XVIII

[...] as idéias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e unidirecionadas da mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal. Somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental.¹⁸

As primeiras Constituições escritas derivavam do pensamento liberal-burguês, revelado pelo conteúdo da Declaração Francesa, cujo matiz dominante se baseava na limitação jurídica dos poderes do Estado, decorrentes da garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes. Assim, juntamente com a definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, os direitos fundamentais constituem elemento nuclear da Constituição, não apenas parte da Constituição Federal. Dessa forma consagrou-se a íntima vinculação entre Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais.

Parece não haver mais dissidência na doutrina, que os direitos fundamentais constituem não só uma função limitativa do poder do Estado, mas também uma forma de legitimação desse poder estatal, e, portanto, da própria ordem constitucional.

Perez Luño afirma a existência de um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre:

[...] *el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos*

¹⁸ STERN, 1988, p. 181, *apud* SARLET, 2009, p. 58.

*fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho.*¹⁹

Com efeito, o constitucionalismo atual não seria o que é sem a participação dos direitos fundamentais. As normas que legitimam os direitos fundamentais são as mesmas que consagram a forma de governo, estabelecem o sistema político e econômico, as quais são responsáveis pela definição do modelo constitucional do Estado²⁰.

Os direitos fundamentais são a principal garantia com que contam os integrantes do Estado de Direito, que os sistemas jurídico e político serão orientados e direcionados em prol da promoção da dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais se caracterizam como norma materialmente constitucional, que, em seu conjunto de valores objetivos básicos, paralelamente são um marco de proteção às situações jurídicas subjetivas, denominado na doutrina alemã como *Grundwert*.

Vários ângulos permitem que se apreciem os direitos fundamentais.

Segundo um significado axiológico e objetivo, os direitos fundamentais representam o resultado de um acordo básico entre as diferentes forças sociais, que a partir de relações conflituosas, tensionais, mantêm esforços e conseguem estabelecer metas de cooperação comuns à sociedade. Os direitos fundamentais constituem pressupostos do consenso sobre o que é necessário para construir qualquer sociedade democrática.

Conforme Perez Luño, os direitos fundamentais têm importante conteúdo legitimador do Estado de Direito, constituem pressupostos de confiança que devem edificar qualquer sociedade democrática,

[...] su función es la de sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático al que la mayoría de los ciudadanos prestan su consentimiento y condicionan su deber de obediencia al Derecho. Comportan también la garantía esencial de un proceso político libre y

¹⁹ LUÑO, 2007, p. 19. [...] o Estado de Direito e os direitos fundamentais, já que o Estado de Direito exige e implica para ser o garantidor dos direitos fundamentais, enquanto que estes exigem e implicam para sua realização como Estado de Direito. (tradução nossa)

²⁰ Id., 2007, p. 20.

*abierto, como elemento informador del funcionamiento de cualquier sociedad pluralista*²¹.

Os direitos fundamentais refletem o conjunto de valores e decisões básicas consagrados pela Constituição. São fundamentos axiológicos que vão configurar a estrutura, amplitude e profundidade de toda a ordem jurídica infraconstitucional.

Quando um Estado passa a reconhecer e proteger direitos fundamentais, estes ao mesmo tempo, passam a dar forma ao perfil deste Estado, demonstrando não só sua forma e estrutura, mas o modo como se relaciona com os indivíduos que o integram.²²

O Tribunal Constitucional Espanhol muito bem sintetizou a questão: *“Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que [...] han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico.”*²³

Paralelamente ao significado objetivo, há que se reconhecer uma dimensão subjetiva dos direitos fundamentais.

Da mesma forma que os direitos fundamentais criam um estatuto jurídico a reger as relações das pessoas com o Estado, também estão a reger as relações privadas, não apenas relações entre os particulares e o Estado.

Esclarecedora a lição de Perez Luño a respeito dos direitos fundamentais em sua dimensão subjetiva:

*Tales derechos tienden, por tanto, a tutelar la libertad, autonomía y seguridad de la persona no sólo frente al poder, sino también frente a los demás miembros del cuerpo social. Concebidos inicialmente como instrumentos de defensa de los ciudadanos frente a la omnipotencia del Estado, se consideró que los derechos fundamentales no tenían razón de ser en las relaciones entre sujetos del mismo rango donde se desarrollan las relaciones entre particulares.*²⁴

²¹ LUÑO, 2007, p. 21. [...] sua função é a de sistematizar o conteúdo axiológico objeto do ordenamento democrático ao que a maioria dos cidadãos dão seu consentimento e condicionam seu dever de obediência ao Direito. Acarretam também a garantia essencial de um processo político livre e aberto, como elemento de informação do funcionamento de qualquer sociedade pluralista. (tradução nossa)

²² ARAUJO e NUNES JÚNIOR, 2008, p. 100.

²³ LUÑO, op.cit., p. 22. Os direitos fundamentais respondem a um sistema de valores e princípios de alcance universal que [...] informarão todo nosso ordenamento jurídico. (tradução nossa)

²⁴ Id. 2007, p. 22. Tais direitos tendem, portanto, a proteger a liberdade, autonomia e segurança da pessoa não somente diante ao poder, mas também diante dos demais membros do corpo social. Concebidos inicialmente como instrumentos de defesa dos cidadãos diante da onipotência do Estado,

O mesmo autor completa seu raciocínio no seguinte sentido:

Este planteamiento obedecía a una concepción puramente formal de igualdad entre los diversos miembros de la sociedad. Pero es un hecho notorio que en la sociedad neocapitalista esa igualdad formal no supone una igualdad material, y que en ella el pleno disfrute de los derechos fundamentales se, en muchas ocasiones, amenazado por la existencia en la esfera privada de centros de poder no menos importantes que los que corresponden a los órganos públicos.²⁵

A esta ampliação da eficácia dos direitos fundamentais, para atingir a esfera privada dos particulares em face de terceiros, que não o Estado, nasceu da doutrina alemã, sendo lá conhecida pelo nome *Drittwirkung de Grundrechte*.

Fruto do evoluir e transformar-se dos Estados de Direito, os direitos fundamentais vem tendo sua eficácia cada vez mais alargada, agregando-se a eles cada vez mais, novos direitos.

Para Perez Luño, os direitos fundamentais no atual constitucionalismo, desempenham uma dupla função. No plano subjetivo, continuam regendo as garantias de liberdade individual, a elas acrescidas recentemente os aspectos sociais e coletivos da subjetividade social. No plano objetivo, assumiram uma dimensão institucional, em decorrência do que devem buscar a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados²⁶.

Como dito a princípio, direitos fundamentais e Estado de Direito são institutos imbricados um ao outro, de forma que se pode dizer: quanto mais intensa for a consolidação do Estado de Direito, tanto maior o nível de tutela dos direitos fundamentais; em contrapartida quanto mais profunda a vivência dos direitos fundamentais, mais consolidado estará o Estado Democrático de Direito.

se considerou que os direitos fundamentais não tem razão de ser nas relações entre sujeitos de mesmo nível onde se desenvolvem as relações entre particulares. (tradução nossa)

²⁵ LUÑO, 2007, p. 22-23. Este programa obedecia a uma concepção puramente formal de igualdade entre os diversos membros da sociedade. Porém, é um fato notório que na sociedade neocapitalista essa igualdade formal não supõe uma igualdade material e que nela o pleno gozo dos direitos fundamentais se vê em muitas ocasiões ameaçado pela existência na esfera privada de centros de poder não menos importantes que os que correspondem aos órgãos públicos. (tradução nossa)

²⁶ Id., 2007, p. 25.

2.3 A PROBLEMÁTICA DO ACESSO À JUSTIÇA

Um animal político (*zoom politikon*), assim Aristóteles se referiu ao homem. Além de sua natureza sociável, aprendeu o homem que era melhor viver em sociedade para alcançar seus objetivos, inclusive de sobrevivência. Desse convívio social com o semelhante, o homem produz inúmeras manifestações sociais, sejam de integração, sejam de delimitação.

Essas manifestações sociais, quando integrativas tendem à consecução de um propósito comum. Porém, quando as manifestações sociais são de delimitação significa que os membros da sociedade permanecem separados ou possuem interesses opostos. Nas manifestações de delimitação encontra-se comumente a presença de conflitos de interesses individuais.

Os conflitos de interesse, por natureza, têm que ser compostos, solucionados; não é possível uma litigância por tempo ilimitado.

No raiar da humanidade vigia a lei do mais forte, sendo este o vencedor da contenda pela força bruta. Contudo, tal tipo de solução não era compatível com o desenvolvimento da humanidade.

Ao longo da evolução histórica o poder de solucionar disputas e demandas deixou de ser uma opção privada das pessoas que se sentissem ofendidas ou se vissem desrespeitadas; da autodefesa passou-se à autocomposição; embora essas formas não tenham desaparecido totalmente, deram espaço à heterocomposição, a qual se tornou função essencial do Estado Moderno.

O Estado avocou para si a função de solucionar os litígios no intuito de restabelecer a paz social. Ao assumir tal função, o Estado adquiriu o poder-dever de prestar tal serviço público, denominado jurisdição. Aqueles interessados em tal atividade, necessitados do exercício dessa atividade para assegurar seus direitos, têm no Estado, no exercício da função da jurisdição, o direito de provocá-la, de forma preventiva ou repressiva.

Para Giuseppe Chiovenda a jurisdição pode ser definida como:

[...] a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares e outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva²⁷.

Estabelece o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: “[...]XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito [...]”.²⁸

Ao assim estabelecer, a norma constitucional deferiu a todos o direito de acesso à Justiça, bem como impôs ao Estado o ônus de prestar a jurisdição de forma adequada, não podendo esquivar-se da solução dos conflitos. O órgão jurisdicional não pode negar-se a conhecer e resolver qualquer conflito de interesses a ele levado, sob a alegação de inexistência de norma jurídica a respeito. Uma vez levado o litígio ao Estado (jurisdição), este tem a obrigação de resolvê-lo na tentativa de promover a paz social. Trata-se, assim, ao mesmo tempo, de um direito de impor a solução e também de um dever em garanti-la.

O acesso à Justiça é direito de todos, cabendo a qualquer um a possibilidade de invocá-la, seja pessoa física, seja jurídica, ou até mesmo entes não dotados de personalidade jurídica, inclusive estrangeiros e nacionais, ainda que não residentes no país. Detém, portanto, a jurisdição, um caráter de universalidade, dúplice, ao mesmo tempo, com direito de invocá-la e submeter-se ao seu poder.

Embora a função jurisdicional seja um ato de soberania do Estado, ou seja, não é dado a qualquer outro Estado ou Organismo Internacional se imiscuir em tal atividade, também é certo que tal função, no Estado Moderno, é autônoma em face dos demais poderes que o formam. A Jurisdição tem capacidade de impor as suas decisões em face do próprio Estado, sem que tenha que se sujeitar a qualquer dos outros Poderes.

Por outro lado, é verdade, tal separação entre os Poderes do Estado não é absoluta, urge esclarecer. Não trabalham em contraposição, mas em coordenação. A Justiça é função primordial do Estado e todos os Poderes devem conjugar-se para atingir da melhor forma possível o pleno exercício da Jurisdição.

A atividade jurisdicional do Estado tem natureza flagrantemente de substituição da atividade privada por uma atividade pública.

²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009, p. 512.

²⁸ BRASIL: Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05.10.1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 10 junho 2010.

Opera-se essa substituição, segundo Giuseppe Chiovendda, através de dois modos, que correspondem às duas fases do processo, cognição e execução. Na fase de cognição:

[...] a jurisdição consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual do juiz à atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, no afirmar existente ou não uma vontade concreta de lei concernente às partes. Pelos lábios do juiz a vontade concreta da lei se afirma tal e se atua como se isso acontecesse por força sua própria automaticamente.²⁹

Por outro lado, na dicção do mesmo autor, quanto à atuação definitiva da vontade verificada:

[...] se trata de uma vontade só exeqüível pelos órgãos públicos, tal execução em si não é jurisdição; assim, não é jurisdição a execução da sentença penal. Quando, porém, se trata de uma vontade de lei exeqüível pela parte em causa, a jurisdição consiste na substituição, pela atividade material dos órgãos do Estado, da atividade devida, seja que a atividade pública tenha por fim constranger o obrigado a agir, seja que vise ao resultado da atividade [...]³⁰

Extrai-se da lição acima, que a Jurisdição, ou seja, o poder de dizer o Direito foi assumida pelo Estado em substituição à solução privada dos conflitos pelas partes.

Ao assim agir, o Estado, assumiu uma das mais importantes atividades sociais, manter a paz social e dar a cada um o que é seu. É do Estado o poder-dever de distribuir a Justiça, através da aplicação de forma lógica e justa segundo o direito vigente, com o fim precípua de ordenar as relações sociais e solucionar os conflitos de interesse³¹.

No momento que o Estado retirou da pessoa ou ente privado o direito de se autodefender das agressões ou ameaças de terceiro ou do próprio Estado, incumbiu-se de fornecer instrumentos necessários e adequados para que os

²⁹ CHIOVENDA, 2009, p. 520.

³⁰ Id., 2009, p. 520.

³¹ MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003. p. 5.

jurisdicionados pudessem buscar junto aos Órgãos Jurisdicionais a solução para seu conflito.

Verifica-se, assim, não bastar ao Estado avocar o poder de dizer o Direito. Cabe ao Estado, em decorrência de tal posição, garantir aos jurisdicionados o pleno acesso ao Judiciário, bem como o direito a receber uma decisão justa, fornecendo aos litigantes todas as possibilidades de demonstrar a versão que possuem dos fatos e utilizar-se de todos os meios legais para defender a tese que invocam, provando suas alegações.

O livre acesso ao Judiciário é direito fundamental da pessoa (sentido *latu*), juntamente com todos os instrumentos necessários para tal, como o devido processo legal, ampla defesa, contraditório, ampla produção probatória entre outros.

Inerente ao Estado Democrático de Direito, o princípio do livre acesso ao Judiciário ganha para muitos o *status* de superprincípio. Não havendo livre acesso ao judiciário de nada adianta quaisquer outros princípios ou garantias, pois não haveria meios materiais de fazê-los cumprir, mormente frente ao Estado.

Assim, a garantia de livre acesso ao judiciário é dos mais importantes direitos fundamentais, pois sem este não haveria instrumentos necessários a fazer cumprir os demais princípios e garantias.

Destarte, não se admite a existência de legítimo Estado Democrático de Direito sem garantia irrestrita de livre acesso ao judiciário.

2.4 A GARANTIA FUNDAMENTAL AO DEVIDO PROCESSO LEGAL (*DUE PROCESS OF LAW*)

O *due process of law*, fruto de acordo realizado entre o Rei João Sem Terra com os barões da época, na Inglaterra originou a Carta Magna, que, em sua Cláusula 39, estabeleceu que aqueles, os barões, estariam livres dos abusos da coroa inglesa. Estabelecia, resumidamente, a referida cláusula, que nenhum homem livre seria capturado ou aprisionado senão pelo julgamento de seus pares e pela lei

da terra. Assim, juntamente com outros dispositivos contidos no documento, significavam verdadeira limitação ao poder real³².

A intenção inicial era limitar o poder real na tentativa de inibir as tiranias do Rei João Sem Terra. Embora com o formato de uma promessa unilateral do Rei, a Magna Carta referia-se, na realidade, a uma convenção ajustada entre o monarca e os barões feudais, a fim de reconhecer a estes certos privilégios especiais.

Embora inicialmente de aplicação somente à elite constituída pelos barões da época, algumas disposições são consideradas até hoje como o embrião de vários princípios. Até hoje adotados por diversos ordenamentos jurídicos. Entre esses privilégios podem ser mencionados: a liberdade eclesiástica, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e sanção, liberdade de locomoção, direito à propriedade privada, acesso à Justiça e previsão de devido processo legal³³.

Não obstante o surgimento do devido processo legal nos idos do século XIII, no Brasil referido princípio passou a integrar, de forma expressa, o ordenamento jurídico pátrio tão-somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que contempla em seu artigo 5º, inciso LIV, que “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”³⁴, complementado pelo inciso LV do mesmo artigo “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”³⁵

Contudo, a doutrina, desde a Constituição do Império (1824)³⁶, procurou vislumbrar a garantia do devido processo legal, ainda que de forma implícita ou tácita no texto da norma constitucional, dedicando-se a encontrá-la no extenso rol de garantias referentes à esfera penal. Mas, não se consegue visualizar o princípio,

³² MESQUITA, 2003, p. 14.

³³ Id, 2003, p. 15-16.

³⁴ BRASIL: Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 10 junho 2010.

³⁵ Id.

³⁶ BRASIL: Constituição do Império. Outorgada em 22 de abril de 1824: “Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: [...] VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em 10 junho 2010.

senão vaga e nebulosamente na esfera criminal procedimental, ainda assim de forma imprecisa.

Paulino Jacques afirma que à época “[...] o artigo 179, item 11, consagrava o devido processo legal, ordenando que ‘ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na forma por ella prescripta’³⁷.”

Mesmo as Constituições brasileiras posteriores ao Império, ou seja, as Constituições Republicanas, não trouxeram de forma expressa a garantia do devido processo legal, senão a de 1988.

Não obstante, a doutrina conseguiu visualizar nos textos das Cartas subseqüentes, de maneira implícita, a garantia do devido processo legal.

Segundo o próprio Paulino Jaques, a Constituição de 1891 teria incluído implicitamente a cláusula no artigo 72, § 15, ao prever: “[...] ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ella regulada [...]”.³⁸

Ainda, o mesmo Doutrinador entende que a Constituição de 1937 teria acolhido a garantia do devido processo legal no preceito referente à irretroatividade da lei penal: “[...] não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores [...]”.³⁹

A Constituição de 1946 no artigo 141, § 4º, estabelecia “[...] a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”⁴⁰ Tal dispositivo contemplaria, de forma implícita, a garantia do devido processo legal e seus princípios correlatos. Contudo, ainda não havia uma previsão expressa do devido processo legal. Tratava-se de uma construção doutrinária com viés quase que totalmente voltado ao direito processual penal.

A Constituição Federal de 1967 e sua Emenda Constitucional nº 1 também mantiveram implícita a garantia do devido processo legal, conforme artigo 150, § 35, da Constituição de 1967 e artigo 153, § 4º, da Emenda Constitucional nº 1⁴¹, ambos repetindo a redação da Carta de 1946.

³⁷ JAKES, Paulino. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1958, v.II.p. 369.

³⁸ Id., 1958, p. 369.

³⁹ Id., 1958, p. 369.

⁴⁰ BRASIL: Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm > Acesso em: 10 junho 2010.

⁴¹ BRASIL: Constituição da República Federativa do Brasil (1967). Emenda Constitucional Nº 1. Promulgada em 17 de outubro de 1969. Disponível em:

Contudo, embora reconhecida pelos estudiosos da época a existência tácita da garantia ao devido processo legal, era aplicada somente ao processo penal, não ocorrendo a mesma garantia na esfera do processo civil, que sempre foi preterido em termos de garantias.

Por fim, em 1988, a Constituição Federal incluiu de forma definitiva e expressa a garantia ao devido processo legal. O constituinte de 1988 teve o cuidado de expressamente incluir tal garantia de forma abrangente, atingindo não apenas o direito penal e processual penal, mas também outros ramos do direito e do processo, como o civil, trabalhista, administrativo.

Dispõe o artigo 5º, inciso LIV: “[...] ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”⁴²

O preceito é complementado, ainda, pelo disposto no mesmo artigo em seu inciso LV: “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”⁴³

Portanto, o direito que havia sido conquistado pelos barões do século XIII foi tornado garantia constitucional no direito brasileiro, de forma expressa, e em todos os ramos do direito, somente em 1988.

Definir o que seja devido processo legal, como previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal é tarefa árdua, senão impossível de ser realizada com exatidão científica.

Segundo Gil Ferreira Mesquita, nem mesmo a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, responsável pela mais ampla aplicação do *due process of law* durante os últimos três séculos, cumpriu essa tarefa:

Repetimos aqui o alerta feito pela própria Corte que indicamos anteriormente. “Poucas cláusulas do direito são tão evasivas como essa (...). Esta Corte se tem declinado em dar uma definição compreensiva dela e prefere que seu significado pleno seja gradualmente apurado pelo processo de inclusão e exclusão no curso de decisões dos feitos que forem surgindo.” Ou ainda: “Este Tribunal jamais tentou definir com precisão as

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>

Acesso em: 10 junho 2010.

⁴² BRASIL: Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 10 junho 2010.

⁴³ Id.

palavras *due process of law*... basta dizer que existem certos princípios imutáveis de justiça, aos quais é inerente a própria idéia de governo livre, o qual nenhum membro da União pode desconhecer”.⁴⁴

O devido processo legal antes visto como garantia que exigia somente o cumprimento das determinações procedimentais pelo Estado-juiz e litigantes, em sua feição processual hoje não mais funciona dessa forma simples de outrora. Foram absorvidas inúmeras determinações de ordem ideológica. Trata-se de um princípio que transcende a ideia de obediência legal.

Portanto, o devido processo legal consagrou-se como instrumento garantidor das partes a um acesso legítimo, regulamentar e previsível ao Judiciário, sem surpresas ou juízos de exceção.

2.4.1 O Princípio do Contraditório

Segundo o artigo 5º, LV, da Constituição Federal “[...] aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”⁴⁵.

Expresso literalmente na Constituição Federal de 1988, o contraditório não é novidade, ao contrário, faz parte da tradição constitucional brasileira, sendo citado em todas as Constituições brasileiras desde a primeira Constituição do Império de 1824, ganhando novas redações os dispositivos que o previam, até chegar à atual redação constitucional. Observa-se, contudo, da redação dos respectivos artigos que, inicialmente, o contraditório vinha implícito na norma constitucional, e posteriormente passou a ser tacitamente previsto nos termos de “plena defesa”; “ampla defesa”; “necessárias garantias de defesa”; “a instrução criminal será contraditória”.

Verifica-se assim que a garantia constitucional era voltada ao processo criminal. Somente a Constituição Federal de 1988⁴⁶ veio a ampliar o princípio do

⁴⁴ MESQUITA, 2003, p. 107.

⁴⁵ BRASIL: Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 10 junho 2010.

contraditório a todas as áreas e esferas do Direito, inclusive na esfera administrativa, trazendo, portanto, o novo dispositivo constitucional, expressivo aumento do alcance do princípio expressamente para o processo civil e administrativo. Eis um grande mérito do Constituinte de 1988.

Perceba-se que mesmo nas Constituições vigentes nos períodos em que o Brasil viveu sob regime ditatorial, o contraditório sempre esteve presente no texto constitucional seja de maneira expressa ou tácita.

O contraditório é princípio derivado da garantia de livre acesso ao judiciário e do devido processo legal, possuindo íntima ligação com o princípio da ampla defesa, num intrincado sistema encontrado no Estado de Direito com pretensão de garantir o princípio da igualdade.

A garantia do contraditório para Nelson Nery Junior é considerada

[...] inerente às partes litigantes – autor, réu, litisdenunciado, oponente, chamado ao processo – assim como também ao assistente litisconsorcial e simples e ao Ministério Público, ainda quando atue na função de fiscal da lei. Todos aqueles que tiverem alguma pretensão de direito material a ser deduzida no processo tem direito de invocar o princípio do contraditório em seu favor.⁴⁷

Contudo, não pode ser invocado por testemunhas ou peritos, pois os mesmos não detêm interesse na causa, tratando-se auxiliares do Juízo.

Tampouco ao Juiz, embora parte no processo não tem o direito de invocar o contraditório em favor próprio, mas como condutor da demanda, dirigente do processo, tem a obrigação de fazer respeitar em todos os atos processuais a observância do princípio do contraditório.

Aos litigantes é oferecida a garantia ao contraditório, enquanto o juiz tem a obrigação de assegurar e fazer cumprir o princípio.⁴⁸

⁴⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁴⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 206.

⁴⁸ NERY JUNIOR, 2009, p. 206.

O processo foi concebido para ser instrumento de composição de conflitos, buscando a paz social, sendo que tal composição se desenrola sob o manto do contraditório, pois este é inerente ao devido processo legal.

O contraditório pode ser dividido em duas garantias, participação e possibilidade de influência na decisão.

Pode-se dizer que dentro do processo a democracia se faz pelo respeito ao contraditório. Como a democracia o processo é participativo. A participação nos atos processuais torna o mesmo democrático, “[...] princípio do contraditório deve ser visto como manifestação do exercício democrático de um poder.”⁴⁹ Segundo entendimento do professor Fredie Didier Junior.

O princípio do contraditório desdobra-se em duas faces. Primeiro, a garantia do contraditório possui um lado formal, constituído pela participação da parte na demanda, na possibilidade de ser ouvido, de participar do processo e de ser comunicado dos atos, podendo falar no processo.

Trata-se de uma visão clássica do processo, que não mais tem lugar no processo moderno, o qual exige muito mais do que simplesmente dar oportunidade à ouvida da parte contrária ou deixar a parte falar.

A garantia do contraditório desponta hodiernamente também com outra face substancial, denominada pela doutrina alemã “poder de influência”. Não basta permitir que a parte simplesmente participe do processo e que seja ouvida. Necessário que se permita à parte falar, mas não o simples falar, falar de forma a ser ouvida pelo Judiciário em condições de poder influenciar na decisão do magistrado.

A possibilidade de poder a parte influenciar a decisão judicial, com argumentos, ideias, trazendo fatos novos, é fundamental, segundo Fredie Didier Junior, pois:

se ela não pode fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se implementa pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.⁵⁰

⁴⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 11. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: *Juspodivm*, 2009, v. 1. p. 57.

⁵⁰ Id, 2009, p. 57.

Todos os atos do processo devem ser realizados de forma que a outra parte possa deles participar, ou, no mínimo, impugná-los em contramanifestação. Isso não quer dizer que o contraditório tenha que ser prévio ou concomitante com o ato, pois há atos que são privativos de uma das partes, ou mesmo do juiz, sem que as partes dele participem. Porém, o contraditório assegura a oportunidade que a parte tem de contrapor sua manifestação contrária, de forma que tenha eficácia prática antes da decisão⁵¹.

Esclarecedoras a respeito as linhas conclusivas de Rui Portanova tratando do princípio do contraditório:

Pode-se dizer que o princípio do contraditório começa antes da citação e não termina depois da sentença. Se já na elaboração da inicial a idéia de bilateralidade tem seus reflexos, por igual à sentença com a necessidade de motivação, é informada pelo princípio. Com efeito, ao julgar, o juiz reflete a importância que deu ao direito da parte de influir em seu convencimento e esclarecer os fatos da causa.

O referido autor esclarece, ainda, que pela concepção tradicional, o contraditório é visto de forma estática, percebendo nas partes apenas a igualdade formal. No entanto,

[...] do ponto de vista crítico, menos individualista e mais dinâmico, o princípio do contraditório postula a necessidade de ser a equidistância do juiz adequadamente temperada. O plano da concreta aplicabilidade da garantia do contraditório tem íntima relação com o princípio da igualdade, em sua dimensão dinâmica (princípio igualizador). Assim o contraditório opera com vistas à eliminação (ou pelo menos diminuição) das desigualdades jurídicas ou de fato, entre os sujeitos do processo.⁵²

Resta evidenciado que o contraditório, como instrumento de ampla defesa, não mais se faz presente tão-somente na instrução criminal, mas em todo processo judicial ou administrativo, como elemento da garantia fundamental ao devido processo legal, agora por expressa determinação constitucional.

⁵¹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, p. 49-50.

⁵² PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p. 162-163.

2.4.2 O Princípio da Ampla Defesa

É comum encontrar na doutrina quem dispense um tratamento igual para o contraditório e a ampla defesa. Talvez por estarem previstos num mesmo dispositivo, talvez por serem considerados corolários do devido processo legal. Embora sejam derivações imediatas do mesmo tronco, devido processo legal, é preciso que se faça a devida distinção entre ambos.

A doutrina é bem mais ampla a respeito do contraditório, que a respeito da ampla defesa, mesmo assim não se pode passar ao longe deste princípio.

São figuras conexas, não há como negar. Não se pode dizer que há ampla defesa sem o contraditório. Porém, também não há contraditório sem defesa, posto que a ampla defesa é que o qualifica. Da mesma forma, o contraditório é o instrumento que faz atuar a ampla defesa, somente com aquele, esta se realiza⁵³.

São imbricados os conceitos do contraditório e da ampla defesa. Contudo, é necessário fazer distinção entre tais princípios, pois dependentes um do outro, se completam, mas não podem ser confundidos. A própria redação da norma indica, de maneira não muito clara, que contraditório e ampla defesa querem significar conceitos distintos, embora exista entre eles uma relação de complementação e dependência entre si.

O significado de ampla defesa para Nelson Nery Junior consiste em:

[...] permitir às partes a dedução adequada de alegações que sustentem sua pretensão (autor) ou defesa (réu) no processo judicial (civil, penal, eleitoral, trabalhista) e no processo administrativo, com a consequente possibilidade de fazer a prova dessas mesmas alegações e interpor os recursos cabíveis contra as decisões judiciais e administrativas.⁵⁴

Por isso, diz-se que a ampla defesa não se restringe ao momento inicial do processo, nem acaba com a apresentação da resposta pelo réu. A garantia da ampla defesa se estende por toda a vida do processo, garantindo uma série de atos e poderes de iniciativa processual e de produção probatória lícita, tendente a

⁵³ MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade do processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 55.

⁵⁴ NERY JUNIOR, 2009, p. 244.

demonstrar os fatos que dão suporte às alegações da defesa, de modo a atuar sobre a persuasão racional do juiz, buscando uma decisão que lhe seja favorável.

Se a decisão for desfavorável, a ampla defesa garante à parte que se sinta prejudicada interpor o recurso cabível para o caso.

A norma constitucional dispõe na parte final do inciso LV do artigo 5º, são “[...] assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”⁵⁵ Atente-se que o dispositivo utiliza o artigo “a”, pelo que resta claro que “[...] os meios e recursos [...]” são inerentes à ampla defesa, apenas, não ao contraditório.

Portanto, inclui-se na garantia da ampla defesa o direito a ser citado da propositura da demanda, o direito a sustentar suas razões sem qualquer restrição, a assistência de profissional habilitado para tanto, exercer com amplitude seu direito à produção de provas e contraprovas, inclusive em audiências, além da possibilidade da interposição dos recursos previstos em lei.

Para Eduardo Couture, a ampla defesa não é apenas um dos alicerces do devido processo legal, mas um instrumento cívico necessário ao processo civil, para quem, em última análise, consiste em não ser privado da vida, da liberdade, da propriedade sem a garantia da tramitação de um processo que se desenvolve na forma da lei, uma lei que seja dotada de todas as garantias processuais.⁵⁶

Feitas as alegações, os titulares da garantia da ampla defesa tem o direito à prova dessas mesmas alegações. De nada adiantaria garantir-se a eles com uma mão o direito de alegar e subtrair-lhes, com a outra, o direito de fazer prova das alegações. O direito à prova, pois, resulta da ampla defesa, do direito ao contraditório; sem o direito a amplitude probatória não se garante o devido processo legal.

2.4.3 Direito à Ampla Produção da Prova

⁵⁵ BRASIL: Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 10 junho 2010.

⁵⁶ COUTURE, Eduardo Juan. *Estudios de derecho procesal civil: las garantías constitucionales del proceso civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 50-51.

De nada adianta a Constituição Federal garantir ao jurisdicionado o direito de acesso à justiça, acolhendo o princípio do devido processo legal com suas derivações no contraditório e na ampla defesa, se não lhe conferir a possibilidade concreta de demonstrar ser o titular dos direitos que afirma ser. A necessidade de buscar a verdade dos fatos é pressuposto de uma tutela judicial justa.

O Estado de Direito não pode admitir uma decisão judicial que não seja justa, e não há decisão judicial justa se a mesma não for calcada na verdade dos fatos como de fato aconteceram. Para tanto, ao jurisdicionado é garantida a mais ampla produção probatória, posto que a verdade dos fatos postos em juízo é que qualifica o contraditório e a ampla defesa com o direito a um julgamento baseado na verdade jurídica e fática.

A prova é o ápice das garantias do contraditório e da ampla defesa, ou seja, do devido processo legal em si, que deve assegurar às partes a possibilidade da mais ampla participação na formação do convencimento do juiz. A verdade no processo é de tamanha relevância, que não se pode admitir outra que não seja aquela que resulta do mais qualificado método de investigação acessível ao conhecimento humano⁵⁷.

A descoberta da verdade objetiva, substancial, decorrente do conhecimento racional dos fatos, é o ideal a ser perseguido pelo processo na satisfação dos preceitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa. Esses princípios compreendem ao poder conferido aos litigantes de fazer valer todos os meios de prova possíveis e adequados para a reconstrução dos fatos, de uma parte, os constitutivos de seu direito, de outra, aqueles impeditivos, modificativos ou extintivos do direito posto em discussão.⁵⁸

A busca da verdade não só é teoricamente possível, como concretamente desejável e necessária, para que se proceda à efetivação da justiça segundo preceitos de um Estado Democrático de Direito⁵⁹. É pela prova que se busca investigar a verdade dos fatos ocorridos.

Marinoni e Arenhart explicam a respeito da prova:

⁵⁷ GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 448.

⁵⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. In TUCCI, José Rogério Cruz e (coord). **Garantias constitucionais do processo civil**. Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 168.

⁵⁹ GRECO, 2005, p. 451.

Se o conhecimento dos fatos é pressuposto para a aplicação do direito e se, para o perfeito cumprimento dos escopos da jurisdição, é necessária a correta incidência do direito aos fatos ocorridos, tem-se como lógica a atenção redobrada que merece a análise fática no processo.⁶⁰

Componente inafastável dos princípios do contraditório e da ampla defesa, é necessário examinar o direito à prova do ponto de vista da garantia constitucional, como instrumento adequado para a solução dos conflitos. Necessário, pois, atribuir à prova efetividade suficiente para assegurar, àquele que busca o amparo do Estado-jurisdição, a tutela do seu interesse material juridicamente protegido.⁶¹

Não se pode conceber decisões judiciais que não tenham como pressuposto básico a real reconstrução dos fatos sobre os quais pende a controvérsia. A exata reconstituição dos fatos é pressuposto fundamental de decisões justas e da própria eficácia da tutela jurisdicional dos direitos, na forma aceita pelo Estado de Direito, onde se garante o devido processo legal e os seus desdobramentos no contraditório e na ampla defesa. A verdade que transparece no processo deve ser a verdade substancial, aquela onde há concordância com o fato ocorrido na realidade sensível aos sentidos humanos presenciados.

Rui Portanova esclarece que não se pode deixar de perseguir um direito real,

Ainda que o processo não seja a realidade, deve assentar-se nela e estar ligado a ela de maneira indissolúvel. Fora disso deixaria de ser direito [...] sendo a finalidade do processo a justa composição do litígio, tem-se que esta só pode ser alcançada quando se baseia na verdade real ou material⁶².

A verdade a ser buscada pelo processo deve ser total, e não apenas parcial, pois esta não seria uma verdade material própria se incompleta. Impossível falar prova no processo civil sem citar Carnelutti, que nos ensina “[...] *no se puede buscar la verdad sólo en parte; o se busca del todo o lo que se busca no es la verdad*”.⁶³

⁶⁰MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 25.

⁶¹BEDAQUE, 1999, p. 165-166.

⁶²PORTANOVA, 2005, p. 198-199.

⁶³CARNELUTTI, Francesco. **La Prueba Civil**. Traducción para español de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Arayú, 1955, p. 25. [...] não se pode buscar somente parte da verdade; ou se busca o todo ou o que se busca não é a verdade. (tradução nossa)

O contraditório, como previsto no modelo processual constitucional brasileiro, constitui postulado destinado a proporcionar que os sujeitos da relação processual participem, da maneira mais ampla possível, nos atos preparatórios ao desiderato final do processo que é a sentença. A observância do contraditório e com ele a ampla possibilidade probatória constitui fator de legitimidade do ato jurisdicional final, pois assegura aos litigantes a efetiva possibilidade de influir em seu resultado, demonstrando a verdade.

A respeito da prova da afirmação de um fato, aduz Carnelutti:

*[...] la prueba de la afirmación acerca da existencia de un hecho, se hace mediante el conocimiento del hecho mismo; el conocimiento no es la prueba, pero da la prueba de la afirmación. En este sentido, justo es reconocer que objeto de la prueba no son los hechos sino las afirmaciones, las cuales no se conocen pero se comprueban, mientras que aquéllos no se comprueban, sino que se conocen.*⁶⁴

Cada vez mais se percebe que a figura do órgão jurisdicional na produção da prova vem se tornando efetiva, pois, tanto quanto as partes, o juiz tem interesse que a jurisdição atinja seus fins.

A tendência da doutrina mais atual é no sentido de permitir ao juiz uma posição ativa na colheita da prova. Não há qualquer incompatibilidade entre a imparcialidade e a participação mais ativa do juiz na colheita da prova. A doutrina moderna, segundo Marinoni e Arenhart, busca ampliar os poderes do juiz na instrução da causa, sob o entendimento de que o processo é instrumento público, que deve buscar a verdade sobre os fatos investigados, e a busca pela verdade não se confunde com a imparcialidade do juiz no desempenho de seu ofício, pois “Ao se autorizar que o juiz determine, de ofício, a produção de provas [...] novamente pretende-se dar ênfase em busca da verdade substancial, trazida como dogma para o direito processual”⁶⁵.

Com todo respeito aos que assim ainda pensam, mas a concepção no sentido que a prova tem por finalidade tão-somente a reconstrução dos fatos que servirão de

⁶⁴ Id. p. 39-40. [...] a prova da afirmação acerca da existência de um fato, se faz mediante o conhecimento do fato mesmo; o conhecimento não é a prova, mas dá a prova de afirmação. Neste sentido, é justo reconhecer que o objeto da prova não são os fatos, mas sim as afirmações, as quais não se conhecem, mas se comprovam, enquanto que aqueles não se comprovam, mas sim se conhecem. (tradução nossa)

⁶⁵ MARINONI e ARENHART, 2009, p. 30.

sustentação para a incidência da regra jurídica, já não basta mais. É necessário buscar no conhecimento contemporâneo a efetiva função da prova no atual momento da vida processual.

A prova hoje tem como função prestar-se como peça de argumentação no diálogo judicial, como elemento de convencimento do Estado-jurisdição, sobre quem será beneficiado com sua proteção. A prova é parte de todo um procedimento que precede à decisão judicial. Por isso afirmo-se acima que o direito à produção da prova é resultante direta do contraditório e da ampla defesa como instrumentos do devido processo legal.

A manifestação legitimamente emanada de um Estado de Direito decorre da forma e garantias que permeiam o procedimento que o precede. “Tal legitimação se dá na proporção direta do grau de participação que se autoriza aos sujeitos envolvidos no conflito para a formação do convencimento judicial”⁶⁶.

Às partes é permitida a participação na formação do convencimento judicial através de suas alegações e comprovações. Se às partes é dado que afirmem as situações de fato e de direito, que embasam suas teses, como consequência necessária há que se permitir que as mesmas comprovem que as afirmações lançadas correspondem à verdade. É assegurado às partes convencerem ao juiz de suas teses e afirmações. Em suma, a prova assume um papel de argumentação retórica, um elemento de argumentação, com finalidade de convencer o juiz de que as afirmações feitas pela parte de fato ocorreram e, portanto, sua tese deve ser aquela contemplada com a tutela jurisdicional⁶⁷.

Portanto, cada vez mais a finalidade da prova se imbrica na garantia do devido processo legal, sendo instrumento indispensável deste, assumindo *status* de garantia fundamental.

Juntamente com a evolução da finalidade da prova, evoluiu também seu conceito. A ideia de que a prova traz a reconstrução de um fato, para ser demonstrada ao juiz, a fim de trazer-lhe certeza sobre os fatos de forma a proferir a decisão judicial, hoje é por demais simplória e não cabe mais dentro do direito processual.

⁶⁶ MARINONI e ARENHART., 2009, p. 51

⁶⁷ Id, 2009, p. 51.

Para Michele Taruffo a prova tem como função fundamental a escolha racional do juízo, dando subsídios para a constituição da decisão final sobre o fato.⁶⁸

Com respeito ao fenômeno da prova, hodiernamente, Marinoni e Arenhart entendem que:

Cumpra reconhecer que o fenômeno probatório assume, atualmente, um caráter multifacetário, capaz de imprimir à figura, conforme o prisma através do qual se a observa, diferentes nuances. Escolhido, arbitrariamente, o ponto de vista da decisão judicial – eleito por ser, afinal, o escopo do processo de conhecimento, e o principal aspecto de preocupação do processualista neste campo – tem-se que a prova pode resumir-se em um aspecto argumentativo-retórico, apto a justificar a escolha de uma das teses apresentadas pelas partes no processo.⁶⁹

Assim, num conceito moderno, a prova deixou de ser mera representação de fatos ocorridos, para tornar-se um meio retórico, dirigido a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto da demanda e da impugnação, feitas no processo.

2.5 PROIBIÇÃO DA PROVA ILÍCITA

Embora se trate de garantia inerente ao devido processo constitucional, não se pode considerar o direito à prova como valor absoluto. Não se trata o direito à prova de um dogma indiscutível, devendo ser observados os limites nos quais se revelem necessários aos fins a que se destinam.

Essa garantia à produção da prova, para ser efetiva, compreende não apenas o direito de produzir a prova, mas também a segurança de que ela venha a ser considerada e corretamente valorada pelo julgador. Nada adianta ao jurisdicionado constituir uma prova, que, posteriormente, não poderá ser utilizada ou aceita em juízo, pois foi maculada por ilicitude no momento de sua formação.

⁶⁸ TARUFFO, Michele, *La prova dei fatti giuridici – Nozioni generali*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 421.

⁶⁹ MARINONI E ARENHART, op.cit. p. 57.

Assim, é de extrema importância atentar para o disposto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, “[...] são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”⁷⁰ Em geral, tais provas violam direitos fundamentais materiais, como os direitos à inviolabilidade da intimidade, da imagem, do domicílio, da correspondência, da honra, entre outros.

Deve-se salientar, contudo, que a doutrina não é uniforme a respeito da matéria, havendo opiniões bastante controvertidas a respeito. Há aqueles que tendem a admitir a prova obtida ilicitamente como válida e eficaz no processo civil, sem nenhuma ressalva, como Walter Zeiss. A contrario *sensu*, João Carlos Pestana de Aguiar, tende a não admitir em nenhuma hipótese a gravação telefônica oculta, por exemplo.

Contudo, parece que não adotar nenhum extremo seja o posicionamento mais adequado. Nem a negativa de aceitar qualquer validade à prova, tampouco a admissão pura e simples de qualquer elemento de prova, mesmo que obtido de maneira sub-reptícia.

Desponta mais adequada e sobrepondo-se às teorias radicais, a moderna teoria alemã *verhältnismässigkeitsmaxime*, princípio da proporcionalidade, como tese intermediária.

Segundo Nelson Nery Junior, pronuncia-se a moderna doutrina alemã do direito processual civil no sentido de não mais vigorar, em toda a sua inteireza, o princípio da busca da verdade real,

de modo que devem ser impostas algumas restrições à obtenção da prova, a fim de que sejam respeitados os direitos personalíssimos e os direitos fundamentais. De consequência, a invalidade material do meio de prova de prova acarreta, de regra a inadmissibilidade de sua utilização no processo.⁷¹

A ilicitude da prova pode ocorrer tanto no plano do direito material como no plano do direito processual.

No plano material a ilicitude pode se dar, por exemplo: a) na obtenção de prova pré-constituída; b) na obtenção das informações que consubstanciam a prova

⁷⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 10 junho 2010.

⁷¹ NERY JUNIOR, 2009, p. 262

testemunhal; c) na formação e na produção da prova e d) na utilização de prova pré-constituída.

A prova pode ser lícitamente constituída, no entanto obtida posteriormente pelo interessado de modo ilícito, como por exemplo, pela subtração furtiva do instrumento da prova, o que a torna ilícita e imprestável ao processo.

A ilicitude também pode ocorrer quando o conhecimento dos fatos trazidos pela testemunha tenham sido obtidos por esta de forma ilícita, através de escuta ou violação de correspondência, por exemplo.

Ainda, pode ocorrer a ilicitude no momento da formação da prova, quando se coage alguém a fazer uma declaração escrita. Ou, no momento da produção, quando a testemunha é coagida a depor no processo. Por fim, ainda, a ilicitude pode decorrer do uso de uma prova pré-constituída, como a exibição do conteúdo de um diário íntimo no processo⁷².

Na esfera do direito processual, a ilicitude da prova deriva, normalmente, na sua produção, quando não se observou o contraditório na produção na oitiva de uma testemunha, por não se ter permitido à parte que acompanhasse o perito, por deixar de comunicar o dia, hora e local. Ou seja, a produção da prova foi conduzida de modo a violar regras processuais, que regulam a produção das provas, ou com ofensa ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa, por exemplo.

Portanto, há provas que dependem do ilícito para sua existência e há provas em cujo procedimento (processual) houve uma ilicitude. Assim poderia se concluir que a prova que decorre de um ato ilícito é mais grave do que a prova em cujo procedimento o ilícito foi praticado, pois a primeira é irremediavelmente ilícita, sendo a segunda muitas vezes passível de regularização.

A prova não pode ser sanada quando a ilicitude é a sua causa. A prova que resulta da violação de um direito material não pode ser regularizada. O que não ocorre relativamente à prova em cujo procedimento ocorreu um ilícito. Quando ocorre a violação de um direito processual, pode ser sanada a prova, desde que a regra violada não seja essencial a um direito fundamental processual, como o contraditório e a ampla defesa⁷³.

Assim, nas hipóteses em que a ilicitude da prova resulta de violação de direito fundamental, seja material ou formal, nenhuma eficácia poderá gerar no processo.

⁷² MARINONI e ARENHART, 2009, p. 242.

⁷³ MARINONI e ARENHART, 2009, p. 245.

Por outro lado, quando a prova foi obtida com violação a regra não essencial é possível que venha a surtir algum efeito no processo.

Na lição de Marinoni e Arenhart “[...] uma prova que resulta de um procedimento em que foi cometido um ilícito não é necessariamente ineficaz. A valoração da prova de sua eficácia depende da maior ou da menor essencialidade da norma processual violada.”⁷⁴

Esclareça-se, contudo, nada impedir que o fato constatado por meio de prova ilícita seja reconhecido pelo juiz da causa, quando a parte contra quem foi produzida a prova confessa o fato de forma voluntária e expressa, posto que o fato em questão deixa de ser controvertido.

Necessário esclarecer, ainda, que a prova ilícita é uma via de mão dupla, pois assim como não pode ser considerada em prol da parte que a produziu, não pode o juiz, pela apreciação da mesma prova ilícita, dela valer-se para se convencer do contrário do que se pretendeu comprovar pela mesma.

Nenhum estudo que aborde a questão relativa à prova ilícita, ainda que superficialmente, pode deixar de mencionar a *fruit of the poisonous tree doctrine*, que trata da prova derivada da prova ilícita.

Sobre a teoria dos frutos da árvore envenenada ensina Nelson Nery Junior

A fruit of the poisonous tree doctrine consiste em que se deve considerar ineficazes no processo, e, portanto, não utilizáveis, não apenas as provas obtidas ilicitamente, mas também aquelas outras provas que, se em si mesmas poderiam ser consideradas lícitas, se baseiam, derivam ou tiveram sua origem em informações ou dados conseguidos de forma ilícita.⁷⁵

As provas produzidas, ainda que validamente em si mesmas, mas que derivam de uma prova ilícita em sua origem, maculam a prova derivada de sua ilicitude, tornando-as ineficazes no processo. Ou seja, trata-se de uma ilicitude por derivação. Surge, então, a problemática de estabelecer quando uma prova pode ser considerada contaminada pela prova ilícita.

Tentando esclarecer a questão, Galvéz Muñoz faz alusão à seguinte decisão do Tribunal Supremo Espanhol: “*La ineficacia de una diligencia determinada no*

⁷⁴ MARINONI e ARENHART, p. 244.

⁷⁵ NERY JUNIOR, 2009, p. 269.

*impide la validez de otra prueba, salvo que ésta guarde una directa relación con aquélla, de tal modo que sin la primera no hubiera existido la segunda*⁷⁶.

Porém, não basta que haja uma conexão causal entre a primeira prova, considerada ilícita, e a prova derivada. Devem estar presentes uma conexão natural e uma conexão jurídica.

O professor espanhol Luis Gálvez Muñoz esclarece a respeito:

*No basta, pues, con la existencia de un nexo causal natural con una prueba directamente obtenida de forma inconstitucional para excluir determinada prueba sospechosa, sino que es preciso, además, la existencia de un nexo jurídico entre una y otra.*⁷⁷

Em complemento ao seu ensinamento o mencionado doutrinador espanhol assevera:

*Se podría decir, haciendo uso de una fórmula algo manida, pero muy gráfica, que la conexión natural es un requisito necesario, pero no suficiente, para extender el efecto invalidante de la violación de derechos fundamentales y proceder, en consecuencia, a la exclusión procesal de prueba refleja.*⁷⁸

Assim, a teoria dos frutos da árvore envenenada somente é relevante quando a eliminação da prova derivada traz efetividade à tutela dos direitos fundamentais. Ou seja, é preciso que a finalidade perseguida pela teoria da ilicitude da prova derivada cumpra sua função. Em caso contrário estaria se pondo em risco a verdade real por uma motivação inútil e desprovida de qualquer objetivo.

⁷⁶ ESPANHA: Tribunal Supremo Espanhol, Sala 2ª, sentença de 16.03.1995 – citado por MUNÓZ, Luis Gálvez. **La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales**. Navarra: Aranzadi, 2003, p. 171. A ineficácia de uma prova não impede a validade de outra, salvo que esta guarde uma direta relação com aquela, de tal modo que sem a primeira não existiria a segunda. (tradução nossa)

⁷⁷ MUNHOZ, 2003, p. 178. Não basta, pois, a existência de um nexo causal natural com uma prova diretamente obtida de forma inconstitucional para excluir determinada prova suspeita, mas sim é preciso também a existência de um nexo jurídico entre uma e outra. (tradução nossa)

⁷⁸ Id., 2003, p. 178. Poder-se-ia dizer fazendo uso de uma forma algo vulgar, porém muito clara, que a conexão natural é um requisito necessário, porém não suficiente para estender o efeito invalidante da violação de direitos fundamentais e proceder, em consequência, à exclusão processual da prova derivada. (tradução nossa)

Dessa forma, ganham relevância as exceções à teoria dos frutos da árvore envenenada, para além da admissão e da confissão voluntária do fato objeto da prova ilícita. Para as chamadas exceções de descobrimento provavelmente independente e o descobrimento inevitável.

A exceção do descobrimento inevitável consiste na admissão da prova derivada de prova ilícita, quando a descoberta ocorreria mais cedo ou mais tarde. Portanto, não havendo motivo para ignorá-la uma vez que a prova trouxe uma descoberta que inevitavelmente seria obtida a qualquer momento. “Dessa forma, seria possível dizer que nem todos os frutos da árvore venenosa são proibidos, pois alguns podem ser aproveitados”.⁷⁹

Contudo, deve ser cuidadoso o juiz ao receber com eficácia a prova derivada, pois deverá justificar tal acolhimento, deixando claro que, diante das circunstâncias, e o que ordinariamente a experiência demonstra, a verdade obtida através da prova derivada, seria naturalmente, mais cedo ou mais tarde, descoberta por meio de uma prova lícita.

Pouco diferente trata-se a exceção de descobrimento provavelmente independente. Nesse caso a prova é aceita como derivada, porém seus efeitos decorrem da descoberta que seria naturalmente revelada por outra prova. A antijuridicidade é quebrada em razão da ideia que o descobrimento era inevitável. Trata-se de uma prova provavelmente independente, portando despida de nexo causal com a prova ilícita.

Esclarecedora a conclusão do doutrinador português Jorge de Figueiredo Dias a respeito da verdade e da prova, dizendo que toda a verdade autêntica:

[...] passa pela liberdade da pessoa, pelo que a sua obtenção à custa da dignidade do homem é impensável. E é bom que isto se acentue, para que se não ceda à tentação de santificar a violação de proibições de prova em atenção ao fim da descoberta de uma (pretensa) verdade material. *Hoc sensu*, a chamada verdade material continua a ser, [...] uma verdade intraprocessual.⁸⁰

⁷⁹ MARINO e ARENHART, 2009, p. 256.

⁸⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra. 2004. v. 1. p. 194-195

Uma vez mais o direito contemporâneo deve ser lido à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, norte a ser seguido pela legislação, pela doutrina e pela jurisprudência.

3 A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como visto no início do capítulo anterior, os direitos fundamentais foram concebidos com a ideia de proteger o indivíduo do Estado. No Estado liberal, a ideia prevalecente era que os direitos fundamentais só impunham limitações ao Estado.

Contudo, com as crises sociais e econômicas ocorridas no século passado e seus desdobramentos, aflorou a necessidade do Estado atuar também na sociedade civil para preservar as condições necessárias à efetiva liberdade de todos. Evidenciou-se que outras forças, como grupos econômicos ou políticos, com forte atuação no ventre da sociedade, poderiam impor ao indivíduo os mesmos constrangimentos dos quais se tentava prevenir contra o Estado, através das liberdades e garantias públicas. Desse modo, as mesmas razões que no passado conduziram ao surgimento dos direitos fundamentais passaram a justificar sua implantação nas relações privadas⁸¹.

Conforme Daniel Sarmento, essa concepção, à época, desempenhava um papel ideológico, legitimando a exploração realizada na esfera privada:

Mas ela se tornou definitivamente insustentável com o advento da sociedade de massas, onde despontam com força cada vez maior, os poderes sociais, que podem oprimir tanto ou até mais que os Estados. E o enfraquecimento do Estado, aliado à globalização econômica, apenas acentuou este quadro, tornando ainda mais essencial a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.⁸²

Parece ser difícil hodiernamente sustentar que os direitos fundamentais não repercutam na esfera das relações pessoais privadas. Porém de que forma e em que extensão essa repercussão se faz presente tem gerado dúvidas e controvérsias entre os doutrinadores e sistemas jurídicos.

⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 275.

⁸² SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 47.

3.1 TEORIAS SOBRE A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Concebidos como direitos de defesa do indivíduo em face do Estado, os direitos fundamentais não podem pura e simplesmente ser transplantados para a esfera das relações privadas, necessário se faz uma adequação destinada ao âmbito privado.

Imperioso, assim, encontrar uma forma de compatibilizar direitos e garantias que foram concebidos para defender o indivíduo do Estado com as especificidades das relações intraprivadas.

Não há uniformidade nas legislações, doutrina e jurisprudência acerca da fórmula para tal compatibilização. Algumas priorizam uma eficácia mais ampla dos direitos fundamentais na esfera privada, outras se preocupam mais com a autonomia privada do indivíduo.

A resistência para que os direitos fundamentais se sobreponham à manifestação de vontade nas relações entre os cidadãos, segundo Mendes, Coelho e Branco decorrem da origem histórica, pois tais direitos;

[...] foram concebidos como proteção contra o Estado, e que este seria fortalecido no seu poder sobre os indivíduos se as relações entre os particulares fossem passíveis de conformação necessária pelos direitos fundamentais. Haveria, então, detrimento de outro princípio básico das sociedades democráticas – o da autonomia individual, em especial no que tange à liberdade de contratar.⁸³

Surgiram dessa forma, diversas teorias a respeito, cada qual buscando uma forma de equacionar a questão sobre quando e como os direitos fundamentais obrigam os particulares em suas relações privadas.

3.1.1 Teoria Negativa da Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais (*State Action*)

⁸³ MENDES; COELHO e BRANCO, 2008, p. 277

Trata-se de teoria negativa, que repudia a ideia de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Tão logo surgiu a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, na Alemanha, adveio forte reação contrária a tal teoria, destacando-se entre os oposicionistas Mangoldt e Forsthoff, com uma visão conservadora do liberalismo. Afirmava essa teoria que os direitos fundamentais se destinavam exclusivamente à defesa do indivíduo frente ao Estado, argumentando que o constituinte ao elaborar a Lei Fundamental alemã não cogitou qualquer vinculação de tais direitos entre particulares. Incumbe ressaltar, que a Alemanha vivia a época imediatamente pós-nazismo, pelo que os constituintes tinham a visão focada na proteção do indivíduo em face do Estado, o que talvez tenha contribuído para desviar a atenção dos direitos fundamentais frente às relações privadas.

No entanto, esse movimento, contrário à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, na Alemanha, perdeu força, logrando desaparecer após reiteradas decisões do Tribunal Constitucional Federal, já na década de 50, que se reconhecendo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Contudo, a rejeição pela teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ganhou corpo nos Estados Unidos da América, onde tanto os doutrinadores, quanto a jurisprudência, repudiaram com maior intensidade a vinculação dos direitos fundamentais às relações intraparticulares.

Segundo lição de Daniel Sarmento, a tese da não vinculação dos particulares pelos direitos fundamentais (estabelecida em sede constitucional), teve maior difusão no direito norte-americano:

É praticamente um axioma do Direito Constitucional norte-americano, a ideia de que os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Carta estadunidense, impõe limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares com exceção da 13ª Emenda, que proibiu a escravidão.⁸⁴

A doutrina americana justifica essa posição apoiando-se na literalidade do texto constitucional, que se refere “[...] apenas aos Poderes Públicos na maioria de

⁸⁴ SARMENTO, 2008, p. 189.

suas cláusulas consagradoras de direitos fundamentais [...] sendo a principal preocupação a autonomia privada.”⁸⁵

Esclarece, ainda, o referido doutrinador, que além do argumento liberal,

[...] outra justificativa invocada para a doutrina da *state action* liga-se ao pacto federativo. Nos Estados Unidos, cumpre não esquecer, compete aos Estados, e não à União, legislar sobre Direito Privado, a não ser quando a matéria normatizada envolva o comércio interestadual ou internacional. Assim, afirma-se que a *state action* preserva o espaço de autonomia dos Estados, impedindo que as cortes federais, a pretexto de aplicarem a Constituição, intervenham na disciplina das relações privadas.⁸⁶

A doutrina americana da *state action* tem início logo após a aprovação pelo Congresso Americano das normas contidas na *Civil Rights Act*, no final do século XIX, a qual previa punições para a discriminação racial em locais e serviços públicos. A Suprema Corte, apreciando casos onde negros tiveram esse acesso negado em hotéis, teatros e trens, afirmou a inconstitucionalidade da norma, ao fundamento que a União teria recebido competência para legislar somente no sentido de proibir discriminações praticadas pelos próprios Estados e não por particulares.

Duas premissas ficaram assentadas já com os primeiros julgamentos. Primeiro, que os direitos fundamentais garantidos pela Constituição vinculam somente os poderes públicos e não os particulares. Segundo, que o Congresso não tem competência para legislar sobre a matéria no sentido de elastecer as garantias fundamentais às relações entre particulares.

Só nos anos 60, quando diversos movimentos sociais estavam em ebulição nos Estados Unidos, a jurisprudência acabou sendo finalmente alterada para rever a questão da competência do Congresso Nacional, aceitando que o mesmo legislasse sobre a matéria, resultando no *Civil Rights Act* de 1964, entre outras normas legais.

Contudo, o entendimento de que os direitos fundamentais vinculavam apenas os Poderes Públicos foi mantido, porém com alguma mitigação. Na metade do século passado a Suprema Corte americana passa a adotar a *public function theory*, segundo a qual quando particulares agirem, como poder público, desenvolvendo

⁸⁵ SARMENTO, 2008, p. 189.

⁸⁶ Id., 2008, p.

atividades de natureza tipicamente estatal, passam também a estarem sujeitos às limitações constitucionais impostas pelos direitos fundamentais.

Essa teoria tem o objetivo de impedir que o Poder Público burle os direitos fundamentais, através da delegação de funções estatais às empresas particulares. Pois, com a *public function theory*, os particulares que desempenhem funções tipicamente públicas passam a se sujeitar às mesmas condições dos entes públicos, evitando dessa forma a discriminação pela interposição de uma terceira pessoa privada.

Saliente-se que a Suprema Corte Americana já firmou entendimento, no existirem atividades que sequer dependem de delegação do poder público para se sujeitar aos direitos fundamentais previstos na Constituição. Tratam-se de atividades que possuem natureza essencialmente estatal.

Segundo Joaquim B. Barbosa Gomes, a doutrina da *state action* pode ter sua síntese explicativa extraída do julgamento proferido pela Suprema Corte no caso *Lugar v. Edmondson Oil Co*⁸⁷:

*Our cases have accordingly insisted that the conduct allegedly causing the deprivation of a federal right be fairly attributable to the State. The cases reflect a two-part approach to this question of "fair attribution". First, the deprivation must be caused by the exercise of some right or privilege created by the State or by a rule of conduct imposed by the State or by person for Whom the State is responsible. [...] Second, the party charged with the deprivation must be a person who may, fairly be said to be a state actor. This may be because he is a state official, because he has acted together with or has obtained significant aid from state officials, or because his conduct is otherwise chargeable to the State. Without a limit such as this, private parties could face constitutional litigation whenever they seek to rely on some state rule governing their interactions with the community surrounding them.*⁸⁸

⁸⁷ 457 US 922 – 1982

⁸⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa, **Ação afirmativa & princípio da igualdade**. O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 90-91. Nossos precedentes têm insistido em que a conduta supostamente causadora da privação de um direito constitucional (federal) seja razoavelmente atribuído ao Estado. Esses precedentes traduzem uma abordagem bipolar do problema da "atribuição razoável". Em primeiro lugar, a privação tem que decorrer do exercício de algum direito ou prerrogativa criada pelo Estado ou por uma regra de conduta imposta pelo Estado ou por uma pessoa pela qual o Estado seja responsável [...] Em segundo lugar, a pessoa acusada de causar a privação há de ser alguém de quem razoavelmente se possa dizer que se trata de um "ator" estatal. Isto por ser ele uma autoridade do Estado, por ter atuado juntamente com uma autoridade estatal ou por ter obtido significativa ajuda de agentes estatais, ou porque a sua conduta é de alguma forma atribuível ao Estado. Sem um limite deste tipo, pessoas privadas poderiam ficar vulneráveis a litígios de natureza constitucional sempre que se

A teoria da *state action*, embora tenha sofrido mitigações ao longo dos anos, recebe inúmeras críticas pela doutrina em geral, inclusive norte-americana. Para Sarmiento, a *state action*, “[...] não proporciona um tratamento adequado aos direitos fundamentais, diante do fato de que os maiores perigos e ameaças a estes não provêm apenas do Estado, mas também dos grupos, pessoas e organizações privadas.”⁸⁹

Com efeito, a doutrina da *state action* parece sobreviver muito mais em decorrência do individualismo que cerca toda a cultura americana, inclusive jurídica, do que por razões de qualidade e eficiência sócio-jurídica, não podendo ser considerada a mais indicada forma de encarar a problemática dos direitos fundamentais.

3.1.2 A Doutrina da Eficácia Indireta ou Mediata dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas (*Mittelbare Drittwirkung*)

Desenvolvida por Günther Dürig, a teoria da eficácia horizontal mediata ou indireta, no original alemão *Mittelbare Drittwirkung*, tornou-se a doutrina dominante no direito germânico, com ampla aceitação entre os doutrinadores alemães e também pela Corte Constitucional. Trata-se de teoria intermediária entre aquela adotada nos EUA, que nega qualquer vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas e de outro lado a doutrina que sustenta a eficácia imediata e direta dos mesmos na esfera privada.

Segundo a doutrina da eficácia mediata ou indireta, os direitos fundamentais não ingressam na esfera privada como direitos subjetivos, que possam ser invocados diretamente da norma constitucional. Para Dürig, a proteção constitucional da autonomia privada resguarda a possibilidade do indivíduo renunciar a direitos fundamentais no campo das relações privadas que mantêm. Tal seria inadmissível nas relações mantidas com o Poder Público. Assim, há atos contrários aos direitos fundamentais, que seriam inválidos quando praticados pelo Poder

valessem de regras estatais regulamentadoras das suas interações com a comunidade que as circundam. (tradução do autor)

⁸⁹ SARMENTO, 2008, p 196.

Público, porém são lícitos na esfera do Direito Privado. Por outro lado, certos hábitos podem ser vedados pelo Direito Privado, embora possíveis pelo Poder Público.⁹⁰

Para Canaris, se for generalizado o entendimento de que é possível a aplicação imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, estar-se-ia sujeito a consequências dogmáticas insustentáveis, pelo que a teoria da eficácia mediata ou indireta, sobrepôs-se à eficácia imediata. Portanto, insiste o referido mestre, *prima facie*, somente o Estado e seus órgãos seriam destinatários dos direitos fundamentais, mas não os sujeitos de direito privado.⁹¹

Na mesma linha de pensamento salienta Konrad Hesse que, considerando o recurso imediato aos direitos fundamentais, pode-se perder a identidade do Direito Privado:

*[...] acuñada por la larga historia sobre la que descansa, en perjuicio de la adecuación a su propia materia de la regulación y de su desarrollo ulterior, para lo cual depende de especiales circunstancias materiales que no cabe procesar sin más con criterio de derechos fundamentales. Aparte de ello, correría peligro el principio fundamental de nuestro Derecho Privado, la autonomía privada, si las personas en sus relaciones recíprocas no pudieran renunciar a las normas de derechos fundamentales que son indisponibles para la acción estatal.*⁹²

Assim, pode-se dizer que as razões apontadas, pelos adeptos da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada, não passam de atenuação daquelas defendidas pelos epígonos da doutrina que não reconhece qualquer vinculação daqueles direitos aos particulares.

Segundo Vieira de Andrade, quando muito, os direitos constitucionais serviriam apenas como:

⁹⁰ SARMENTO, 2008, p. 198.

⁹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, p. 53-55.

⁹² HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Traducción para o español por Ignacio Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, p. 60-61. "[...] forjada pela longa história sobre a qual repousa, em prejuízo da adequação de sua própria matéria, da regulamentação e de seu desenvolvimento posterior, para o qual depende de circunstâncias materiais especiais sem as quais não cabe processar os direitos fundamentais. Além disto, correria perigo o princípio fundamental do nosso Direito Privado, a autonomia privada, se as pessoas em suas relações recíprocas não pudessem renunciar às normas de direitos fundamentais que são indisponíveis para a ação estatal. (tradução nossa)

[...]princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados suscetíveis de concretização, clarificando-os (*Wetverdeutlichung*), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (*Wetschultzlückesschliessung*), mas sempre dentro do espírito do Direito Privado.⁹³

Portanto, caberia ao legislador infraconstitucional, sem descuidar-se da proteção à autonomia da vontade, proteger os direitos fundamentais intraparticulares através de uma mediação, estabelecendo uma ordem nas relações privadas de forma a compatibilizá-las com os valores constitucionais.

Somente em casos excepcionais poderia o Judiciário fazer a aplicação dos direitos fundamentais diretamente na esfera privada, sem a intervenção prévia do Legislativo pela edição de normas infraconstitucionais, mediando conflito entre os direitos fundamentais e a autonomia privada.

Segundo a teoria da eficácia mediata ou indireta, ao Estado incumbe proteger os direitos fundamentais em todas as relações mantidas sob o manto da ordem jurídica, o que inclui as relações privadas. Porém quanto a estas, a aplicação daqueles tem sua intensidade atenuada.

Explicam Mendes, Coelho e Branco, que a incidência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas despontaria através “[...] de *pontos de irrupção* no ordenamento civil, propiciados pelas cláusulas gerais [...] insertas nas normas de direito privado, ou pela interpretação das demais regras desse ramo do ordenamento jurídico”.⁹⁴

3.1.3 A Doutrina da Eficácia Direta ou Imediata dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas

Embora nascida pelas mãos de Hans Carl Nipperdey, na Alemanha da década de 50, a teoria da eficácia imediata não logrou aceitação nesse país. Porém teve grande repercussão na Espanha e Portugal. Para seu defensor, alguns direitos

⁹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, pag. 276.

⁹⁴ MENDES; COELHO e BRANCO, 2008, p. 280.

fundamentais vinculam apenas o Estado, outros, no entanto, em decorrência de sua própria natureza, podem ser invocados por particulares na esfera privada, independentemente de qualquer mediação por parte do Legislativo. Destarte, oponíveis *erga omnes*.

A justificativa para tanto decorre do crescimento, no mundo contemporâneo, das grandes empresas e outras instituições de caráter privado, com capacidade para manipular as massas, contando muitas vezes com poderio inclusive econômico, maior que muitos Estados. Torna-se imperativa, por conseqüência, a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas.

Ressalte-se que não se trata de uma teoria radical, que prega a desconsideração da liberdade individual nas relações privadas. A doutrina não nega a necessidade de ponderar o direito fundamental com a autonomia da vontade dos particulares envolvidos, mas reconhece a necessidade de respeitar as especificidades na sua incidência. Não existe uma homogeneidade entre os direitos fundamentais, sendo necessária a análise caso a caso, a fim de verificar sua existência e extensão no plano das relações privadas. Essa ponderação, realizada juntamente com a análise da autonomia da vontade, representa uma diferenciação entre a proteção de direitos fundamentais nas esferas públicas e privadas⁹⁵.

O doutrinador espanhol Quadra-Salcedo destaca que a obrigação dos particulares em respeitar os direitos fundamentais decorre da própria Constituição

*[...] la obligación de respetar los derechos fundamentales por los ciudadanos surge y emana directamente de la Constitución y no sólo de las normas de desarrollo de ésta, no es por lo tanto un mero reflejo del ordenamiento que puede sufrir las alteraciones, modificaciones y supresiones que el legislador decida, sino que hay un núcleo esencial que se deduce directamente de la Constitución y que se impone a todos los ciudadanos.*⁹⁶

⁹⁵ UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 350-385.

⁹⁶ QUADRA-SALCEDO, Tomás. **El recurso de amparo y los derechos fundamentales entre particulares**. Madrid: Civitas, 1981, p. 70. [...] a obrigação de respeitar os direitos fundamentais pelos cidadãos surge e emana diretamente da Constituição e não só das normas de desenvolvimento desta, não sendo portanto, um mero reflexo do ordenamento, que pode sofrer as alterações, modificações e supressões que o legislador decida, mas sim a existência de um núcleo essencial que se deriva diretamente da Constituição e que se impõe a todos os cidadãos. (tradução nossa)

Defende também, com bastante vigor, a teoria da eficácia imediata Rafael Naranjo de la Cruz, para quem, no contexto de um Estado Social, os poderes privados representam ameaça para as liberdades individuais, pelo que a vinculação direta aos direitos fundamentais e a Constituição é imperativa.

O referido doutrinador espanhol salienta, também, a dupla vertente dos direitos fundamentais, subjetiva e objetiva, como fundamento:

*[...] del entero ordenamiento jurídico y son aplicables en todos los ámbitos de actuación humana de manera inmediata, sin intermediación del legislador. Por ello, las normas de derechos fundamentales contenidas en la constitución generan, conforme a su naturaleza y tenor literal, derechos subjetivos de los ciudadanos oponibles tanto a los poderes públicos como a los particulares.*⁹⁷

A doutrina da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais, nascida na Alemanha, onde não logrou lugar na doutrina e jurisprudência, foi aceita e incorporada ao Direito de diversos países europeus como Itália, Espanha e Portugal, tendo este expresso na sua Constituição a proclamação de que os direitos fundamentais vinculam também as entidades privadas⁹⁸.

Na América Latina ganhou destaque já na década de 50 do século passado, em decisão da Corte Suprema da Argentina, a qual teria sido a primeira Corte sul-americana a reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais frente a terceiros, conforme ensinamento de Daniel Sarmento, que destaca da referida decisão:

“[...] nada hay tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, latu sensu, carezca de la protección constitucional adecuada [...] por la sola circunstancia de que sus ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos [...]. Hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personería jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones

⁹⁷ CRUZ, Rafael Naranjo de la. **Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**: La buena Fé. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales. 2000, p. 215. [...] de todo o ordenamento jurídico e são aplicáveis em todos os âmbitos de atuação humana de maneira imediata, sem intermediação do legislador. Por ele, as normas de direitos fundamentais contidas na Constituição geram, conforme sua natureza e teor literal, direitos subjetivos do cidadão oponíveis tanto ao poder público como aos particulares. (tradução nossa)

⁹⁸ MENDES; COELHO e BRANCO, 2008, p. 276.

*profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico.*⁹⁹

A Suprema Corte Argentina, no referido acórdão, esclarece de forma analítica:

*A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representan [...] una fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales. Si, en presencia de estas condiciones de la sociedad contemporánea, los jueces tuvieran que declarar que no hay protección constitucional frente tales organizaciones colectivas, nadie puede engañarse de que tal declaración comportaría la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución.*¹⁰⁰

Manifestam-se, assim, na teoria da eficácia direta e imediata, preocupações de ordem igualitária, que buscam a correção das assimetrias sociais, e consequente limitação dos poderes privados, através da intervenção estatal para corrigir tais desigualdades e distorções¹⁰¹.

3.2 DIREITO BRASILEIRO – A EFICÁCIA DIRETA E IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS – A COMPREENSÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

⁹⁹ SARMENTO, 2008, p. 216. [...] nada há, tão pouco, que autorize a afirmação de que um ataque ilegítimo, grave e manifesto, contra qualquer dos direitos que integram a liberdade, *latu sensu*, necessite da proteção constitucional adequada [...] pela única circunstância de que esse ataque emane de outros particulares ou de grupos organizados de indivíduos [...] existe agora uma terceira categoria de sujeitos, com ou sem personalidade jurídica, que só raramente se conheceram nos séculos anteriores, os consórcios, os sindicatos, as associações profissionais, as grandes empresas, que acumulam quase sempre um enorme poderio material ou econômico. (tradução nossa)

¹⁰⁰ Id., 2008, p. 216. Seguidamente suas forças se opõe as do Estado e não é discutível que estes entes coletivos representam [...] uma fonte de ameaças para o indivíduo e seus direitos essenciais. Se na presença destas condições da sociedade contemporânea, os juízes tivessem que declarar que não há proteção constitucional diante de tais organizações coletivas, ninguém pode enganar-se de que tal declaração comportaria a quebra dos grandes objetivos da Constituição. (tradução nossa)

¹⁰¹ MENDES; COELHO e BRANCO, 2008, p. 280.

Após breve análise das doutrinas mais importantes relativas à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, impõe-se verificar como se comporta o direito brasileiro frente à matéria.

A eficácia dos direitos individuais fundamentais nas relações privadas é direta e imediata no Brasil, segundo Daniel Sarmento, “[...] não dependendo da atuação do legislador ordinário, nem se exaurindo na interpretação das cláusulas gerais do Direito Privado”.¹⁰²

Para Mendes, Coelho e Branco, no caso brasileiro, a vinculação dos direitos fundamentais às relações privadas se dá por diversos meios. Seja pela ação do legislativo, com a expedição de normas infraconstitucionais, que visam à livre formação de vontade dos economicamente mais fracos, bem como inibir atos discriminatórios nas relações civis, principalmente nas de consumo e de trabalho. Seja, ainda, pela proteção aos direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação das cláusulas gerais de direito privado.¹⁰³

Qualquer reflexão a respeito da matéria deve levar em conta, antes de qualquer coisa, os valores e princípios adotados pela atual Constituição brasileira, a qual é nitidamente intervencionista e adota um modelo de Estado Social. Consagra a nossa Carta Máxima a promoção da igualdade substancial e tem como um de seus principais fundamentos o postulado da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF/88)¹⁰⁴, bem como estabelece como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, (artigo 3º, inciso I, da CF/88)¹⁰⁵.

A atual Carta Constitucional brasileira não teve, por base, os mesmos fundamentos e pressupostos ideológicos, que, historicamente serviram em outros países, para sustentar uma separação rigorosa entre Estado e sociedade civil.

¹⁰² SARMENTO, 2008, p. 237.

¹⁰³ MENDES; COELHO e BRANCO, 2008, p. 282-283.

¹⁰⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; BRASIL: **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5.10.1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 junho 2010.

¹⁰⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; BRASIL: **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5.10.1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 junho 2010.

Portanto, não traz em seu espírito fundamentos para excluir os direitos fundamentais das relações privadas¹⁰⁶.

Mendes, Coelho e Branco destacam que os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, pois não somente obrigam o Estado a respeitá-los, mas também o força:

[...] a fazê-los respeitados pelos indivíduos nas suas relações entre si. Ao se desvendar o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, abriu-se à inteligência predominante a noção de que esses direitos, na verdade, exprimem os valores básicos da ordem jurídica e social, que devem ser preservados e promovidos pelo Estado como princípios estruturantes da sociedade.¹⁰⁷

Pesa, ainda, no caso brasileiro, as diferenças sociais, onde a distância entre a elite da sociedade e os miseráveis, que se encontram abaixo da linha de pobreza, é muito mais acentuada do que nos países de primeiro mundo como Estados Unidos ou Alemanha, suscitando maior necessidade de garantir ao hipossuficiente garantias não apenas relativamente ao poder público, mas também quanto ao poder privado. No mundo contemporâneo, agentes privados dotados de maior poder social, representam ameaça tão grande, ou até maior, que o poder público. A necessidade de tutelar os direitos humanos na esfera privada não se trata apenas de uma questão jurídica, mas também de justiça social.

Imperativo vincular os direitos fundamentais às relações privadas, como condição para o alcance do princípio da dignidade humana como epicentro axiológico constitucional. Tratando-se a dignidade de um valor absoluto deve, afetar diretamente a todos, tanto na esfera pública quanto privada.

Para Daniel Sarmento, a compreensão que o princípio da dignidade da pessoa humana representa o centro da ordem jurídica, legitimando, condicionando e modelando o direito positivado, impõe:

[...] a adoção da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. De fato, sendo os direitos fundamentais concretizações ou exteriorizações daquele princípio, é preciso expandir para

¹⁰⁶ SARMENTO, 2008, p. 237.

¹⁰⁷ MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 275.

todas as esferas da vida humana a incidência dos mesmos, pois, do contrário, a proteção à dignidade da pessoa humana – principal objetivo de uma ordem constitucional democrática – permaneceria incompleta.¹⁰⁸

Complementa o citado autor, não se poder condicionar a garantia da dignidade do ser humano nas relações privadas:

[...] à vontade do legislador, ou limitar o alcance das concretizações daquele princípio à interpretação das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados do Direito Privado, significa abrir espaço para que, diante da omissão do poder legislativo, ou da ausência de cláusulas gerais apropriadas, fique irremediavelmente comprometida uma proteção, que, de acordo com a axiologia constitucional, deveria ser completa e cabal.¹⁰⁹

Diante destas reflexões, fica evidenciado, como se assentou na doutrina, o entendimento que as relações privadas também podem estar sujeitas aos direitos fundamentais no direito brasileiro.

Também a jurisprudência brasileira é pacífica no adotar a teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Em decisão paradigmática, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em recurso extraordinário, pela aplicação direta dos direitos fundamentais, em Acórdão da lavra do Ministro Marco Aurélio, onde os recorrentes foram expulsos de cooperativa, sem que lhes fosse assegurado o contraditório e a garantia à ampla defesa. O Ministro Relator destacou que na “[...] hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância do devido processo legal, viabilizando pleno exercício da ampla defesa [...]”.¹¹⁰

¹⁰⁸ SARMENTO, 2008, p. 244.

¹⁰⁹ Id., 2008, p. 244

¹¹⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no

Decidiu, também, o Supremo Tribunal Federal, em recurso interposto por empregado que pretendia ver aplicado a si próprio, estatuto de empresa estrangeira, sendo que esta somente concedia determinados benefícios aos empregados de nacionalidade francesa, ainda que ambos trabalhassem no Brasil.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que a discriminação imposta ao recorrente tinha por motivação unicamente a nacionalidade. Assim, aplicando o princípio da isonomia, impôs à empregadora que o regulamento interno fosse aplicado também ao trabalhador brasileiro, posto que nenhuma outra justificativa, além da nacionalidade, foi apresentada. Destaca-se do voto do Ministro Relator Carlos Velloso “[...] o *discrímen* fundou-se em atributo, qualidade, nota intrínseca do Recorrente, qual seja a sua nacionalidade. O fator utilizado, entretanto, torna ilegítima, sob o ponto de vista constitucional [...]”¹¹¹.

Portanto, não só a doutrina, mas também a jurisprudência, pela mais alta Corte do País, adota a teoria da eficácia horizontal direta ou imediata no Direito brasileiro.

3.2.1 Distinção entre Direitos Humanos, Fundamentais e de Personalidade

que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. Recurso extraordinário RE 158215/RS Órgão Julgador: Segunda turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 30/04/1996. Publicação DJ 07-06-1996.

Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA. E 158215.NUME.\) OU \(RE.ACMS. ADJ2 158215.ACMS.\)&base=baseAcórdãos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA. E 158215.NUME.) OU (RE.ACMS. ADJ2 158215.ACMS.)&base=baseAcórdãos).

Acesso em: 11 junho 2010.

¹¹¹ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. Recurso extraordinário RE 161243/DF. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Carlos Velloso. Julgamento: 29/10/1996. Publicação DJ 19-12-1997

Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA. E 161243.NUME.\) OU \(RE.ACMS. ADJ2 161243.ACMS.\)&base=baseAcórdãos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA. E 161243.NUME.) OU (RE.ACMS. ADJ2 161243.ACMS.)&base=baseAcórdãos)

Acesso em: 11 junho 2010.

Devidamente esmiuçada a origem, evolução histórica, teorias a respeito de sua aplicação nas relações privadas, faz-se necessário distinguir direitos fundamentais de outras figuras, que não raro se confundem na linguagem comum; mas para um trabalho científico no entanto, devem ter seus significados precisos de forma a serem entendidos segundo seu conteúdo técnico-jurídico.

Comum a confusão feita, até mesmo nos meios jurídicos, sobre a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, sendo seguidamente utilizadas como sinônimos.

Direitos humanos ou direitos do homem aparecem com um conteúdo mais amplo e impreciso que os direitos fundamentais.

Para Canotilho “[...] direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista) [...] arrancariam da própria natureza humana e daí seu caráter inviolável, intemporal e universal.”¹¹²

Segundo Perez Luño os direitos humanos podem ser entendidos como:

*[...] un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional [...]*¹¹³

Os direitos humanos reúnem a classe de direitos e liberdades reconhecidos nas declarações e tratados internacionais, tendo uma conotação ética, que abrangem aquelas exigências vinculadas às necessidades humanas, porém, ainda não positivadas no direito interno dos Estados.

Modernamente, merece destaque a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a qual instiga os Estados a se esforçarem para desenvolver os direitos e liberdades, assegurando, por meio de medidas progressivas, o reconhecimento e a aplicação dos direitos humanos, podendo ser considerada como ponto de partida visando alcançar a dignidade da pessoa humana.

¹¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina. 2002. p. 391.

¹¹³ LUÑO, 2007, p. 46. [...] um conjunto de facultades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional [...]
(tradução nossa)

No continente americano, o início formal da preocupação com os direitos humanos pode ser apontado pela Conferência de Bogotá, da qual resultou a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, que culminou vinte anos após, com a Convenção Americana de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, já a com formatação de um tratado, não apenas de uma simples declaração.

Quanto aos chamados direitos fundamentais, são aqueles garantidos pelo direito interno dos Estados.

Ensina Canotilho que “[...] direitos fundamentais são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. [...] seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.”¹¹⁴

Na mesma inteligência Perez Luño, para quem os direitos fundamentais são [...] *aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.*¹¹⁵

Acrescenta, ainda, o doutrinador espanhol, que os direitos fundamentais possuem um sentido mais preciso e estrito:

*[...] ya que tan sólo describe el conjunto de derechos y libertades jurídica e institucionalmente reconocidos y garantizados por el Derecho positivo. Se trata siempre, por tanto, de derechos delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político de Estado de Derecho.*¹¹⁶

Direitos fundamentais, na verdade, não passam de direitos humanos, porém contidos no ordenamento interno positivo do Estado, via de regra previstos na Constituição dos países, estabelecendo liberdades e garantias públicas a proteger o indivíduo das ações estatais, afetando, portanto, as relações deste com o indivíduo.

¹¹⁴ CANOTILHO, 2002, p. 391.

¹¹⁵ LUÑO, 2007, p. 46. [...] aqueles direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, na maioria das vezes na sua normatização constitucional, e que gozam de uma tutela mais reforçada. (tradução nossa)

¹¹⁶ Id., 2007, p. 47. [...] já que somente descrevem o conjunto de direitos e liberdade jurídicas institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo Direito positivo. Se trata sempre, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação responde ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico e político do Estado de Direito. (tradução nossa)

Destarte, não se pode falar em Estado Democrático de Direito sem a existência e garantia de direitos fundamentais.

Na doutrina nacional destaca-se o conceito proposto por Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior, para quem os direitos fundamentais constituem uma categoria jurídica,

[...] constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões. Destarte, possuem natureza poliédrica, prestando-se ao resguardo do ser humano na sua liberdade (direitos e garantias individuais), nas suas necessidades (direitos econômicos, sociais e culturais) e na sua preservação (direitos à fraternidade e à solidariedade).¹¹⁷

Essa natureza poliédrica dos direitos fundamentais reflete níveis de proteção do indivíduo decorrentes das conquistas humanitárias, que lentamente foram reconhecidas e passaram a integrar o ordenamento jurídico dos diversos Estados.

Juntamente aos direitos humanos e direitos fundamentais, também ocorre confusão com a expressão direitos da personalidade, mormente pela ausência de uniformidade pela doutrina, havendo autores que prefiram outras denominações para o mesmo fenômeno. Despontam, assim, com o mesmo significado as expressões: “direitos essenciais da pessoa”, “direitos subjetivos essenciais”, “direitos sobre a própria pessoa”, “direitos pessoais”, “direitos personalíssimos”.

Na doutrina nacional adotou-se a expressão direitos de personalidade, consagrada por Otto Von Gierke, a quem se atribui a construção e a denominação jurídica nos meados do século XIX. Mais ênfase ganhou a expressão com a promulgação do novo Código Civil Brasileiro, em 2002, que prestigiou no capítulo II, título I, livro I, da parte geral, a denominação “Direitos da Personalidade”, os quais regulou nos artigos 11 a 21¹¹⁸.

3.2.2 Conceito de Direitos de Personalidade

¹¹⁷ ARAUJO e NUNES JÚNIOR, 2008, p. 110-111.

¹¹⁸ BRASIL: Lei 10.406, promulgada em 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 03 junho 2010.

Previstos de maneira genérica no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988¹¹⁹, o legislador infraconstitucional detalhou a matéria nos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002¹²⁰. Contudo, a Lei não traz o conceito dos direitos de personalidade. Andou bem, nesse particular o legislador, pois não é função da Lei instituir conceitos, sob pena de engessar o desenvolvimento do instituto. Dessa forma, é necessário ir buscar na doutrina o conceito de direitos da personalidade.

Para Limongi França são “[...] as faculdades jurídicas cujo objeto é os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos”.¹²¹

¹¹⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; BRASIL: **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5.10.1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 junho 2010.

¹²⁰ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. BRASIL: Lei 10.406, promulgada em 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm

Acessado em 03 junho 2010.

¹²¹ FRANÇA, Limongi. Direitos da personalidade I (verbete). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1982, v. 28, p. 140.

Carlos Alberto Bittar apresenta um conceito didático, considerando para quem se consideram direitos da personalidade aqueles

[...] reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.¹²²

Ensina Orlando Gomes que, sob a denominação direitos de personalidade compreendem-se:

[...] os direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana que a doutrina moderna preconiza e disciplina no corpo do Código Civil como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade e disposição. Destina-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos.¹²³

Diante da sua natureza especial, para Gilberto Haddad Jabur, os direitos da personalidade são [...] carentes de taxação exauriente e indefectível. São todos indispensáveis ao desenrolar saudável e pleno das virtudes psicofísicas que ornamentam a pessoa.¹²⁴

Gomes Canotilho ensina que muitos direitos fundamentais também são direitos de personalidade, mas nem todos direitos fundamentais são direitos de personalidade. Para o autor português os direitos de personalidade abarcam:

[...] os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos direitos de liberdade (liberdade de expressão).¹²⁵

¹²² BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 1.

¹²³ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.131.

¹²⁴ JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 28.

¹²⁵ CANOTILHO, 2002, p. 394.

Acrescenta o doutrinador que por em face da concepção de um direito geral de personalidade “[...] cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa.”¹²⁶

Muitos dos direitos de personalidade, quando olhados pelo prisma do Direito Público relacionando-os ao Estado, refletem verdadeiros direitos fundamentais ou liberdades públicas, conforme esclarece Carlos Alberto Bittar, sendo os mesmos direitos:

[...] mas examinados em planos distintos: de uma pessoa em relação a outras, e frente ao Estado. Separa-os neste passo, a perspectiva de estudo, anotando-se, outrossim, que, no campo das liberdades públicas, vem se identificando também um conteúdo próprio, com o acréscimo dos direitos econômicos, sociais e políticos aos direitos do homem.¹²⁷

Portanto, os mesmos direitos, quando visualizados sob o ângulo de garantia e proteção em face do Estado, são conhecidos como direitos fundamentais.

Vistos por outro ângulo, das relações entre particulares, ou seja, sob o prisma da proteção do indivíduo em relação a outros particulares, numa dimensão privatista, ganham a denominação de direitos da personalidade.

Tratam-se, assim, basicamente dos mesmos direitos e garantias, alterando-se o destinatário frente a quem os particulares são protegidos.

Diz-se basicamente, pois é evidente que algumas garantias, como o direito de ação, somente podem ser exercidas em face do Estado.

Trata-se de questão das mais importantes dentro do direito privado e de clara essencialidade, não apenas para o indivíduo enquanto tal, mas também como integrante da sociedade em sua natureza social de coexistência com os demais. O homem é primeiro indivíduo, ser único e inconfundível, mas ao mesmo tempo participa de um todo. Pode-se dizer que a sociedade decai quando não se respeitam a todos e a cada um de seus membros, quando a personalidade é descuidada. Torna-se débil, frágil como os membros que a compõe, porque passam a servir ao prepotente poder de grupos capazes de controlar as massas¹²⁸.

¹²⁶ CANOTILHO, 2002, p. 394.

¹²⁷ BITTAR, 2006, p. 3.

¹²⁸ CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. 3. ed. atualizada e ampliada. Buenos Aires: Astrea, 2008, p. 95.

Assim, não se pode entender ou esperar que a legislação enumere exaustivamente os direitos de personalidade, pois todo o direito subjetivo pessoal que apresentar as mesmas características terá esta natureza.

3.2.3 Natureza Jurídica

Muito já se discutiu quanto à natureza dos direitos de personalidade, em especial no final do século XIX e início do século XX. Duas controvérsias geravam polêmica à época, se os direitos de personalidade pertenciam à categoria dos direitos subjetivos, bem como sobre a natureza desses direitos mesmos propriamente ditos.

Pacificou-se, contudo, o entendimento não só da existência dos direitos de personalidade, como também, incluindo-se os mesmos entre os direitos subjetivos.

Destaque-se que os direitos de personalidade têm como cláusula geral o princípio da dignidade humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal¹²⁹, do qual emanam e ao qual se voltam. A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental e informador dos direitos de personalidade.

Assim, mesmo aquele direito de personalidade positivado em norma infraconstitucional, como ocorre no Código Civil Brasileiro de 2002 (artigos 11 a 21)¹³⁰, tem natureza material de norma constitucional, pois concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, donde se diz serem direitos de primeira grandeza.

Dessa forma, chega-se a conclusão que os direitos de personalidade são direitos subjetivos, com natureza material constitucional de primeira grandeza.

¹²⁹ BRASIL: **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5.10.1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

Acesso em: 11 junho 2010.

¹³⁰ BRASIL: Lei 10.406, promulgada em 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acessado em 03 junho 2010.

3.2.4 Características dos Direitos de Personalidade

A Lei refere apenas três características dos direitos de personalidade, intransmissibilidade, irrenunciabilidade e indisponibilidade, conforme expressa disposição do artigo 11 do novo Código Civil Brasileiro¹³¹.

Contudo, em razão de estarem intimamente ligados à pessoa humana, a doutrina¹³² acrescenta outras características aos direitos de personalidade.

São inatos ou originários, uma vez que se adquirem ao nascer, independentemente de qualquer manifestação de vontade. O simples nascimento, ainda que de forma débil e por poucos instantes basta para a aquisição de tais direitos.

Dizem-se vitalícios, perenes ou perpétuos porque acompanham a pessoa por toda a sua vida, sendo alguns, inclusive, projetados para o pós-morte. Deve, portanto, ser respeitados embora a pessoa já não mais pertença a este plano existencial, perdurando após o falecimento.

Por sua característica vitalícia, os direitos de personalidade são imprescritíveis. O que não se confunde, ressalte-se, com a pretensão de eventual reparação de dano decorrente do desrespeito a direito de personalidade, a indenização obedece às regras de prescrição previstas em Lei. Contudo, ante a imprescritibilidade é possível que o titular do direito exija que seja cessado a qualquer momento, ato que esteja ofendendo seu direito de personalidade .

Os direitos de personalidade são inalienáveis, ou seja, estão fora do comércio, não possuem mensuração econômica. Entretanto, são relativamente indisponíveis, porque alguns direitos de personalidade podem, em determinadas condições ser cedidos a outrem para determinado uso. Por exemplo, a imagem estampada em determinada fotografia ou película fotográfica, destinada a determinado uso. Contudo, isso não consiste numa transferência total da imagem da pessoa como um todo, mas, sim, daquela determinada imagem materializada em determinado momento.

¹³¹ BRASIL: Lei 10.406, promulgada em 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm
Acessado em 03 junho 2010.

¹³² BORBA, Guilherme A. **Tratado de derecho civil: parte general**. 10. Ed. Buenos Aires: Perrot, 1991. v. 1, p. 315.

Ainda, os direitos de personalidade são absolutos, no sentido que podem ser opostos *erga omnes*.

Poder-se-ia acrescentar, ainda, a esta lista de características, a condição de extra patrimoniais, pois não são suscetíveis de avaliação econômica. Esclareça-se que eventuais indenizações, por ofensa a direitos de personalidade, não constituem preço dos mesmos, mas sim uma compensação pelo desconforto do titular em ter seu direito afrontado, o que não se equipara a uma remuneração.

Por fim, são irrenunciáveis, pois pertencem à própria natureza humana e à vida, da qual se projeta a personalidade.

Os direitos de personalidade resguardam a dignidade da pessoa humana. Assim, ninguém pode, ainda que voluntariamente, dispor de sua privacidade ou intimidade, abdicar de sua liberdade, ceder seu nome para uso por outrem, renunciar ao direito de alimentos, assim por diante.

Verifica-se com mais intensidade, nos últimos anos, pessoas que abdicam temporariamente de sua liberdade e autorizam seja sua vida íntima monitorada e retransmitida por meios de comunicação em massa, na busca de notoriedade, sensacionalismo e fama fugazes. Cabe esclarecer aqui, não se tratar propriamente de renúncia a direitos personalíssimos, mas, sim, negócio jurídico com conteúdo teatral, cênico, que não se confunde com cessão de direitos da personalidade, pois, como visto, são irrenunciáveis e fora do comércio¹³³.

Ensina De Cupis que os direitos de personalidade

“[...] respeitam ao sujeito pelo simples e único fato de sua qualidade de pessoa, adquirida com o nascimento, continuando todos a ser-lhe inerentes durante toda a vida, mesmo contra a sua vontade, que não tem eficácia jurídica.”¹³⁴

Dessa forma, tais direitos devem, necessariamente, permanecer na esfera privada do próprio indivíduo, pois a ele se liga por um vínculo dos mais intensos, que o acompanha para o resto da vida e, em alguns casos, para além túmulo.

¹³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Parte Geral**. 4. ed. Atualizada de Acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Atlas. 2004, p. 151.

¹³⁴ CUPIS, Adriano de. **Os direitos de personalidade**. Tradução de Vera Jardim e Antonio Miguel Caleiro. Lisboa: Moraes, 1961, p. 30.

Atente-se que a legislação brasileira não previu, de forma expressa uma cláusula geral de proteção aos direitos de personalidade, como ocorre, por exemplo, no direito alemão.

Contudo, a doutrina e jurisprudência têm entendido que tal cláusula geral encontra-se implícita no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, antes citado.

3.2.5 Categorias dos Direitos de Personalidade (classificações)

Quando se trata de classificar os direitos de personalidade em suas diversas categorias, não há unanimidade na doutrina.

Destaca-se a tradicional classificação de Limongi França, para quem as categorias dos direitos de personalidade partem da premissa das espécies de direito a defender: (a) a integridade física (a vida, os alimentos, o próprio corpo vivo ou morto); (b) a integridade intelectual (a liberdade de pensamento, a autoria científica, artística, literária); (c) a integridade moral (a liberdade civil, política e religiosa, a honra, a honorificiência, o recato, o segredo pessoal, doméstico e profissional, a imagem e a identidade pessoal, familiar e social).¹³⁵

Adverte, contudo, Santos Cifuentes que ainda que uma teoria plural seja mais exata, estando próxima de uma definição e permite localizar seus limites, nem por isso é fácil abranger todas as manifestações humanas elevadas à categoria de direitos de personalidade:

*Tampoco es aconsejable dar enunciaciones taxativas. Existe siempre una variada gama de facultades protegibles que escapa a la prolija reseña. Por otro lado, no contribuye a la taxatividad la circunstancia de que las legislaciones en todas las ramas de derecho las incluyen y necesitan. Es una categoría que se presenta con las dificultades que provienen de su universalidad.*¹³⁶

¹³⁵ FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. 3. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1975, v. 1, p. 411

¹³⁶ CIFUENTES, 2008, p. 212. Também não é aconselhável emitir enunciações taxativas. Existe sempre uma variada gama de facultades protegíveis que escapa a prolixa nota. Por outro lado, não contribui para a taxatividade a circunstância de que as legislações em todos os ramos do direito as incluem e necessitam. É uma categoria que se apresenta com dificuldades que decorrem de sua universalidade. (tradução nossa)

Em decorrência disso, propõe, o referido doutrinador argentino, o agrupamento dos direitos da personalidade, de forma vinculada a um núcleo decorrente de suas afinidades ou similitudes, que se destaquem em cada grupo. Sugere, dessa forma, uma divisão quadripartida que se compõe de “[...] *la integridad física, la libertad, la integridad espiritual y los datos personales*.”¹³⁷

Na classificação de Cifuentes, compõem o grupo da integridade física, os direitos de a pessoa exercitar faculdades sobre seu corpo: desenvolvê-lo; aproveitá-lo e defendê-lo. “*Comprende a la misma vida que se identifica con la existencia vital del cuerpo, es y sus partes, la salud y los medios de preservarla u obtenerla, así como el destino del cadáver*”.¹³⁸

No segundo grupo o autor argentino enquadra os direitos ligados à liberdade, que, no âmbito privado, possui muitas derivações, como explica o referido autor, as quais se conectam com o movimento, com a expressão dos pensamentos, realização de atos jurídicos, o emprego da força física e espiritual.¹³⁹

Classifica no terceiro grupo a integridade espiritual composta pela honra, a imagem, a intimidade e o segredo, enfim, a vida privada do indivíduo.¹⁴⁰

Por fim, o doutrinador argentino agregou à sua classificação o direito aos dados pessoais ou à identidade.¹⁴¹

Alguns doutrinadores são mais detalhistas, propondo divisões e subdivisões, como o francês Pierre Kayser, que apresenta a seguinte classificação dos direitos de personalidade:

I - direitos de personalidade comparáveis aos direitos reais:

- 1) o direito ao nome;
- 2) o direito ao uso do nome da família;
- 3) o direito de defesa do nome de família;
- 4) o direito da pessoa sobre o próprio corpo;
- 5) o direito sobre o corpo visível;
- 6) o direito sobre os despojos mortais.

¹³⁷ CIFUENTES, 2008, p. 213. [...] a integridade física, a liberdade, a integridade espiritual e os dados pessoais. (tradução nossa) Necessário esclarecer que o autor acresceu o quarto grupo (dados pessoais) na 3ª edição de sua obra, quando da atualização da mesma, pois até então exibia uma divisão tripartite.

¹³⁸ CIFUENTES, 2008, p. 213. A integridade física [...] compreende a própria vida que se identifica com a vida do corpo e suas partes, a saúde e os meios de conservá-la e obtê-la, assim como o destino do cadáver. (tradução nossa)

¹³⁹ Id., 2008, p. 213

¹⁴⁰ Id., 2008, p. 213

¹⁴¹ Id., 2008, p. 213

II – direitos de personalidade comparáveis aos direitos de crédito:

- 1) o direito ao respeito à vida privada;
- 2) o direito de se opor à divulgação da vida privada;
- 3) o direito de se opor a uma investigação na vida privada;
- 4) o direito de resposta;
- 5) o direito moral do autor e do inventor.¹⁴²

Verifica-se que as diversas classificações, adotadas pelos doutrinadores, detêm mais interesse didático, que prático, não inferindo na aplicação ou tutela dos direitos da personalidade.

São ricas as fragmentações apresentadas pela doutrina, algumas chegando a ultrapassar o necessário e desejável para o desenvolvimento do tema. Certo é, porém, a impossibilidade de definir classificações mediante *numerus clausus*, pois não se trata de uma realidade estática, mas sim de direitos que vão se modificando com as inflexões naturais do desenvolvimento da vida do homem, seja na esfera espiritual e intelectual, seja na esfera social.

3.3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM ESPÉCIE

O presente estudo tem como foco os direitos de personalidade, que eventualmente possam entrar em colisão com o direito à prova judiciária, no âmbito empresarial.

Assim, não é objetivo do presente estudo esgotar as diversas espécies de direitos de personalidade. Propõe-se, apenas analisar alguns daqueles que, de modo mais frequente, se defrontam com a necessidade da empresa em fazer prova de seus direitos em juízo, encontrando como obstáculo, os direitos de personalidade de terceiros, em verdadeira colisão de direitos a serem solucionados.

Passa-se, na sequência a examinar alguns dos principais direitos de personalidade em espécie, que detêm maior interesse ao objetivo final do estudo.

3.3.1 Direito à Vida e Integridade Física

¹⁴² KAYSER, *apud* SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 90.

O direito á vida é imperativo e fundamental. Incluído entre os direitos essenciais, ocupa lugar de destaque dentre estes, tanto na esfera natural como na jurídica. Nas palavras de Bittar, o direito à vida se manifesta desde a concepção,

[...] sob condição do nascimento do ser com vida, esse direito permanece integrado à pessoa até a morte. Inicia-se como direito integrado à pessoa, quando nascituro – que também dispõe deste direito – ao ser liberado do ventre materno, passa a respirar por si, com acionamento do mecanismo respiratório próprio. Cessa somente com a morte da pessoa, apurável consoante critérios definidos pela medicina legal e aparatos que a técnica põe a disposição do setor, mas caracterizada de fato com a exalação do último suspiro [...] ¹⁴³

Tal direito é estendido a todo o ser humano, não importando a maneira como foi concebido, nem o seu estado físico ou psíquico ao nascer, mesmo quando presente eventuais anomalias físicas ou psíquicas, estados anormais (coma, vida vegetativa)e mesmo que se mantenha vivo através de aparelhos mecânicos. Esse direito funde-se com a própria personalidade. Vida, dignidade e personalidade são figuras imbricadas, sendo ineficiente a vontade do titular ou de qualquer pessoa, mesmo responsável por este, em decisão que implique cerceamento a esse direito.

Antonio Chaves em seu livro “Direito à vida e ao próprio corpo” conclui que o estudo da vida pertence à psicologia e não à historia natural e nem à física “[...] que é a forma e princípio de realidade nos seres vivos [...] vida é algo que oscila entre um interior e exterior, entre uma ‘alma’ e um ‘corpo’[...]”.¹⁴⁴

Examinando o direito à vida sob um olhar jurídico e não tão filosófico, conclui-se que não é permitido, sob hipótese alguma, interromper o curso natural da vida. Esta constitui um bem jurídico individual e social, e qualquer ser tem a obrigação e o direito de desfrutá-la, cabendo tanto ao poder público como privado assegurar esse direito.

Na visão de Szaniawski o direito à vida constitui-se em:

[...] um direito fundamental tão importante quanto é o principio da dignidade da pessoa humana. Ambos, direito à vida e princípio da dignidade da

¹⁴³ BITTAR, 2006, p. 70.

¹⁴⁴ CHAVES, Antonio. **Direito á vida e ao próprio corpo**. São Paulo: Revista dos Tribunais,1986, p.9.

pessoa humana, convivem juntos, sendo inseparáveis. São como duas rodas unidas por um eixo que permanentemente atuam em conjunto. Não se pode compreender um direito à vida sem dignidade, nem se pode compreender o princípio da dignidade da pessoa sem a existência e a tutela ampla da vida. Dada a importância que a vida possui, o constituinte inseriu na Constituição o direito à vida como direito fundamental.¹⁴⁵

Desde que a Constituição proclamou como um direito fundamental, a vida e a integridade física, cada vez mais ganham reconhecimento mais expressivo. Com a inclusão da ideia da dignidade na qualificação da vida, surgiram vários programas assistenciais sob a responsabilidade do Estado e mesmo de instituições particulares sendo vistos como mecanismos de viabilização desse conceito.

O direito à integridade física é também uma área de grande expressão para o ser humano, pois o protege e dá segurança tanto ao corpo como ao intelecto. Contrapõe-se a tudo que possa atingi-lo. É um direito que concilia interesses da pessoa aos da família e aos da sociedade “[...] expressa pela máxima *neminem laedere*, permite, de um lado, no interesse da sociedade, que a pessoa desenvolva em sua plenitude as suas aptidões, contribuindo com sua atividade para o progresso geral e de outro lado a preservação da higidez física e intelectual [...]”.¹⁴⁶

Evitar o sofrimento, o prejuízo à saúde física ou mental é função jurídica. O objetivo do direito é garantir a integridade física, cabendo-lhe por intermédio de diferentes enfoques das leis penais e civis salvaguardar sua tutela.

O homem nasce frágil, com muitas limitações, não podendo prover o seu sustento próprio no início de sua vida, não possuindo um abrigo por si próprio, tampouco força física para enfrentar as adversidades da vida. Porém, trata-se o homem de uma natureza em plena expansão e desenvolvimento, pois,

*[...] supera las deficiencias usando de sus propios medios (técnicas, armas, inteligencia), maneja el cuerpo con maestría y una superior utilidad. El hombre supera sus propias imperfecciones usando el cuerpo, las relaciones que tiene consigo mismo mediante él, sus diversos modos de sentirse en él, varían en sumo grado.*¹⁴⁷

¹⁴⁵ SZANIAWSKI, 2005, p. 147.

¹⁴⁶ BITTAR, 2006, p. 76.

¹⁴⁷ CIFUENTES, 2008, p. 288. [...] supera as deficiências usando seus próprios meios (técnicas, armas, inteligência), maneja o corpo com maestria e uma superior utilidade. O homem supera suas próprias imperfeições usando o corpo, as relações que mantém consigo mesmo através dele, seus diferentes modos de sentir-se, variam em altíssimo grau. (tradução nossa)

Não obstante todo o desenvolvimento que o homem atinge ao longo de sua existência, permanece dependente de uma proteção do Estado, das instituições civis e da própria comunidade. Constitui-se dever do Estado propiciar segurança à pessoa, o empregador ao empregado e assim por diante.

Ressalte-se que inicialmente poderia parecer uma agressão à integridade física as intervenções cirúrgicas, inclusive transplantes. As experiências científicas, médicas, podem ser necessárias à proteção do corpo.

O exercício de funções perigosas, mesmo para a produção de bens ou serviços à coletividade, como no caso dos bombeiros, ou empresas que operam com explosivos, material radioativo, mineração entre outros, colocando em risco a vida das pessoas que trabalham. Compete aos responsáveis, portanto, tomar todas as providências para a proteção e prevenção de acidentes, adotando dispositivos de segurança para minimizar os riscos a que estão expostos seus empregados.

3.3.2 Direito à Vida Privada e Intimidade

Um dos mais significativos direitos de personalidade na atualidade consiste na privacidade. Não por ser mais importante que os demais, mas por ser um dos mais violados. Seja pelos avanços tecnológicos que possibilitam a invasão da vida íntima da pessoa, muitas vezes à distância e sem o seu conhecimento. Seja em decorrência da neurose causada pela violência social, que impõe ao indivíduo sujeitar-se a ser monitorado e fiscalizado em nome da segurança pública e privada em quase todos os lugares que transite.

Do ponto de vista jurídico, a intimidade e a vida privada parecem equiparáveis. Contudo, a maioria dos autores entende haver pequena diferenciação, sendo a intimidade a parte mais reservada na existência humana, enquanto a privacidade abrange tanto aquelas, como também outras ocorrências da vida pessoal do indivíduo, como exemplo a prática de esporte em um clube no fim de semana, não é fato íntimo, porém faz parte da vida privada.

Para Mendes, Coelho e Branco o direito à vida privada teria por objeto “[...] os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em

geral.” Enquanto o objeto do direito à intimidade seria “[...] as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.”¹⁴⁸

À luz do disposto no artigo 5º, X, da Constituição Federal¹⁴⁹, verifica-se que o texto constitucional se refere às expressões intimidade e vida privada, dando a entender pela existência de dois institutos distintos, que de fato são.

Conforme Hannah Arendt, a vida social do homem divide-se em duas esferas: uma pública e outra privada¹⁵⁰.

Na esfera privada estão abarcadas todas as coisas e fatos que o indivíduo costuma manter oculto do público em geral, demarcando o território próprio da privacidade, ou seja, esta resguarda o indivíduo da publicidade.

Dentro da vida privada encontra-se uma subdivisão: a intimidade e a privacidade em sentido estrito.

Segundo Araujo e Nunes Júnior vislumbram-se dois conceitos distintos:

[...] um de privacidade, onde se fixa a noção das relações interindividuais que, como as nucleadas na família, devem permanecer ocultas ao público. Outro de intimidade, onde se fixa uma divisão linear entre o “eu” e os “outros”, de forma a criar um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos.¹⁵¹

Dessa forma, pode-se entender que a intimidade tem importância e significação jurídica de proteção ao indivíduo para defendê-lo de lesões a direitos dentro da interessoalidade da vida privada.

Numa exposição mais filosófica a respeito da intimidade e da vida privada, que seriam equiparáveis, Santos Cifuentes entende que o ser humano se desenvolve em vários planos, um deles muito especial, projeta-se no que o homem

¹⁴⁸ MENDES; COELHO E BRANCO, 2008, p. 377

¹⁴⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; BRASIL: **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5.10.1988.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 junho 2010.

¹⁵⁰ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 59 e seg.

¹⁵¹ ARAUJO e NUNES JÚNIOR, 2008, p. 152.

deseja ocultar dos demais. No isolamento o homem cresce, interioriza -se, alimenta o voo do espírito e conserva o impulso das forças interiores. Explica, o autor argentino que o homem:

*En la soledad se comunica con el sobrenatural; cultiva la inteligencia y el talento; el genio desborda en el campo propio de su expansión; el amor puede manifestarse con plenitud; los afectos entrañables crecen y florecen, se llora y se sufre. Es la soledad entendida en una doble faz, como aislamiento total una reconcentración meditada o sólo sentida, y como un alejamiento del mundo. Masivo e pobre ser aquel que, en alguna medida, no la busca ni la goza. Soledad que en un plano no absoluto, puede importar simplemente la esfera de las reservas personales; el reducto individual.*¹⁵²

Dos bens imateriais que caracterizam uma pessoa, a intimidade e a privacidade são dos mais importantes. A construção e o desenvolvimento completo do ser humano só se tornam viáveis se lhe é permitido conservar um conjunto de aspectos e circunstâncias que se ocultam por iniciativa própria e ele possa mantê-los dessa forma. Portanto, quando se divulga algo contrariando a vontade do indivíduo, pode ser considerado um fato antijurídico.

Fazem parte da vida privada e da intimidade, mesmo quando as comungue com pessoas muito chegadas como a família, o segredo, os sentimentos, o religioso, o sexual, os segredos oralmente transmitidos, as comunicações escritas feitas particularmente como correspondência epistolar, eletrônica e digital; os dados pessoais que se guardam nos registros públicos ou privados; o que acontece nas residências e até mesmo as sucessões de mudanças negativas ou positivas que ocorre com entes queridos.

Enfim, considera-se vida privada tudo que encerra as parcelas mais ocultas do indivíduo, em caráter absoluto de conhecimento exclusivo do titular, ou aquelas compartilhadas somente com as pessoas que são mais íntimas, de um restrito círculo de pessoas.

¹⁵² CIFUENTES, 2008, p. 583. Em solidão entra em contato com o sobrenatural; cultiva-se a inteligência e o talento; o estado de ânimo desabrocha, o amor pode manifestar-se plenamente; os afetos íntimos crescem e florescem, se chora e se sofre. É a solidão entendida em sua dupla face, como um isolamento total, uma reconcentração intencional ou somente sentida, e como um distanciamento do mundo. Pobre o ser, que em algum momento, não a busca e nem a usufrui. A intimidade em um plano não absoluto pode importar simplesmente a esfera das reservas pessoais; o reduto individual. (tradução nossa)

A teoria alemã dos círculos concêntricos da esfera da vida privada defendida por Heinrich Hubmann e Heinrich Henkel devem ser mencionadas. Essas duas correntes tripartem a esfera privada em círculos concêntricos, ou seja, camadas umas dentro das outras. A diferença existente entre as duas teorias reside nos dois círculos internos. Entende Hubmann que o círculo intermediário corresponde ao segredo e o círculo central à intimidade. Enquanto Henkel, de maneira inversa, situa a intimidade no círculo intermediário e o segredo do círculo nuclear.¹⁵³

Repercutiu na doutrina nacional, especialmente pelas mãos de Paulo José da Costa Junior, a teoria dos círculos concêntricos desenvolvida por Henkel, segundo a qual a vida privada seria composta de três círculos concêntricos. O círculo exterior ou superficial compreenderia o círculo da vida privada em sentido estrito (*privatsphäre*); no círculo intermediário estaria inserida a intimidade (*vertrauenssphäre*); e por fim no círculo nuclear encontraríamos o círculo do segredo (*vertraulichkeitssphär*).¹⁵⁴

3.3.3 Direito à Imagem

O direito à imagem começou a despertar interesse jurídico somente no final do século XX, para, posteriormente, ser considerado pela legislação. Teve como uma das principais motivações a invenção da fotografia em 1829. Com a facilidade da captação da imagem surgiu toda a gama de abusos publicitários, sensacionalistas e muitas vezes aviltantes à dignidade da pessoa. A concepção jurídica saiu em defesa da pessoa, considerando que se esta tem direito ao seu corpo, também o terá à sua imagem.

Alguns doutrinadores mais radicais defendem a idéia que a pessoa fotografada pode arrebatá-la e destruir a máquina fotográfica, para evitar sua impressão (legítima defesa). Nessa linha de pensamento entram nomes famosos como Campogrande, Romanelli, Gareis, Ferrara e com o passar do tempo

¹⁵³ COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 36-37.

¹⁵⁴ CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Forense, 2003, p. 54.

Carnelutti.¹⁵⁵ Talvez essa reação não possa ser considerada necessária e proporcional à natureza do agravo, salvo exceções muito particulares, onde não só a imagem da pessoa seja objeto da ofensa, mas cumule afronta à intimidade, honra ou dignidade do indivíduo.

Com a fotografia digital o problema continua a existir, pois destruída a máquina não existe a fotografia. Exceto se for possível a transmissão por e-mail imediata da imagem.

Segundo Araujo e Nunes Júnior, a imagem possui duas variações:

De um lado, deve ser entendido como o direito relativo à reprodução gráfica (retrato, fotografia, filmagem, etc.) da figura humana. De outro, porém, a imagem assume a característica do conjunto de atributos cultivados pelo indivíduo e reconhecidos pelo conjunto social. Chamemos a primeira de imagem-retrato e a segunda de imagem-atributo.

Quanto ao que os referidos autores denominam de imagem-retrato, não parece suscitar maiores dúvidas, sendo aí enquadradas todas as formas de captação de imagem atualmente existentes e que a tecnologia apresenta à sociedade consumista.

Como imagem-atributo, concebe-se aquela imagem conceito, nem sempre verdadeira, que a sociedade faz do indivíduo. Trata-se da imagem criada pela pessoa por seus atos e hábitos, exacerbada em figuras públicas como artistas e políticos, porém não restrita a estes. Todo o indivíduo cria na comunidade em que vive uma imagem que transmite aos demais.

Em ambas as acepções, o direito à imagem é protegido. Seja pela exposição da imagem-retrato, na qual poderíamos incluir partes do corpo e voz. Seja pela exposição da imagem-atributo, que facilmente pode ser ofendida quando distorcida aquela imagem que ao longo do tempo foi projetada pela pessoa em seu círculo pessoal na sociedade.

Entende-se que à imagem está associada à identidade da pessoa, pelo que não pode uma pessoa usar imagem de outro permutando seu nome, pois a imagem é o primeiro atributo de reconhecimento da identidade pessoal. Trata-se, portanto, direito da pessoa a vinculação do seu nome à sua imagem.

¹⁵⁵ CIFUENTES, 2008, P. 543.

Hoje, com a tecnologia existente, há possibilidade de fazer fotomontagens entre outras coisas, danificando a imagem da pessoa colocando-a, em uma posição não fiel à sua identidade. Isso porque a montagem de fotos retira a imagem da pessoa do seu contexto original podendo causar ofensa ao direito de personalidade.

Tratando da imagem e da identidade, Cifuentes comenta que basta um exemplo para lançar a dúvida. Relata o fato de uma pessoa deixar se fotografar e permitir o uso de sua imagem por todos os meios para uma determinada empresa e, outra empresa, sem autorização do indivíduo, utilizar a mesma imagem para propaganda de outro produto. Aí faz a pergunta: se a pessoa pode defender-se desta difusão não autorizada? Afirma que a exigência seja justa, pois cada pessoa tem o direito de permitir ou não o uso de sua imagem, vinculada a determinado produto, empresa ou a especial contexto. Nesse caso o direito da imagem é perfeitamente viável, cabendo a reparação pelo dano moral.¹⁵⁶

A respeito dos diversos casos possíveis na projeção e no aproveitamento alheio da imagem é possível fazer diferentes delimitações. Em alguns casos especiais, em cada situação e circunstâncias devem encontrar-se as soluções concretas caso a caso. O simples fato de alguém posar (estar) diante do fotógrafo, desenhista ou câmera, não configura uma autorização para a divulgação da imagem. Isso porque a intenção da pessoa pode ser simplesmente obter o retrato em forma privada para recordação ou outros motivos pessoais. Por isso que se aconselha àquele que pretender fazer uso da imagem, colher uma autorização por escrito para evitar questionamentos futuros, inclusive pela via judicial.

3.3.4 Direito à Honra

O direito à honra é um elemento indispensável à composição da personalidade. É inerente ao ser humano e atinge ao seu recôndito mais íntimo. Nas palavras de Bittar, o reconhecimento do direito em exame

¹⁵⁶ CIFUENTES, 2008, p. 551.

[...] prende-se à necessidade de defesa da reputação da pessoa (honra objetiva), compreendendo o bom nome e a fama de que desfruta no seio da coletividade, enfim, a estima que a cerca nos seus ambientes, familiar, comercial ou outro. Alcança também o sentimento pessoal de estima, ou a consciência da própria dignidade (honra subjetiva), de que separamos, no entanto, os conceitos de dignidade e de decoro, que integram, em nosso entender, o direito ao respeito.¹⁵⁷

No que diz respeito ao direito à honra, cabe destacar os aspectos da intransmissibilidade, da incomunicabilidade e da inestimabilidade, sendo essas áreas próprias da integridade da pessoa.

Não se pode confundir honra com direito à honra, sendo que o conceito de honra protege a dignidade. Pode, porém variar o conceito da dignidade, segundo as condições de tempo e espaço, sendo essa variação do conceito de honra e não do direito à honra e isso deve ser levado em conta no momento de interpretar a Constituição.¹⁵⁸

Entende Adriano de Cupis por honra tanto o valor moral íntimo do homem,

[...] como a estima dos outros, ou a consideração social, o bom nome ou a fama, como, enfim, sentimento, ou consciência da própria dignidade pessoal [...] a dignidade pessoal reflectida na consideração dos outros e no sentimento da própria pessoa.¹⁵⁹

Dessa forma o direito à honra pode ser, como já citado por Bittar, colocado dentro de duas conjunturas: a) a proteção da honra subjetiva, que sintetiza o sentimento que a pessoa possui de si própria; b) e a proteção da honra objetiva, que parte do padrão social do indivíduo.

Um dos princípios previstos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica é encontrado em seu artigo 11, inciso I, que garante a proteção à honra: **“ARTÍCULO 11. - Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.”**¹⁶⁰

¹⁵⁷ BITTAR, 2006, p. 133.

¹⁵⁸ ARAUJO e NUNES JÚNIOR, 2008, p. 154.

¹⁵⁹ CUPIS, 1961, p.111

¹⁶⁰ COSTA RICA: **Convención americana sobre derechos humanos. Pacto de San José de Costa Rica.** San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Disponível em: seguridad.queretaro.gob.mx/.../Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf –

Baseando-se nesse dispositivo, comenta Cifuentes, que não haver dúvida que a honra é um dos principais bens espirituais:

*[...] que el hombre siente, valora y sublima, colocándolo dentro de sus más preciados dotes. Es una calidad moral del ánimo, que puede ser herida, sufrir menoscabo, y que suele ser defendida con el mismo ahínco, con la misma fuerza de quien se afana entre la vida y la muerte.*¹⁶¹

O homem nasce com o direito à honra. É um elemento constitutivo do ser. É, portanto, um bem inato, necessário e vitalício a qualquer pessoa. Configura um sentimento recôndito e íntegro e se manifesta de diversas maneiras e também se vincula com a sociabilidade humana. Porém, resulta que muitos abusos ficam impunes em face da ausência de protesto, o que ocorre por falta de conhecimento ou por uma impotência sentida pelo homem.

A honra compreende o respeito à dignidade própria, é uma qualidade inerente ao homem. Também é considerada uma qualidade moral que leva ao cumprimento dos deveres ante ao próximo e a si próprio. Alguns autores fazem alusão à honra objetiva e honra subjetiva, Cifuentes se detém mais detalhadamente nesses aspectos. A honra objetiva é a luz do seu olhar, a valorização que outros fazem da personalidade ético/social de uma pessoa. Ao passo que a honra subjetiva pode ser entendida como uma autovalorização e o respeito à própria dignidade. É uma classificação bastante didática, mas do ponto de vista jurídico carece de transcendência:

[...] pues la lesión a uno u otro aspecto daña a la persona misma. Aun cuando el ataque se limitara al buen nombre, a la fama, y fuera por ello históricamente circunstancial, dependiendo de la época y del local, difícil resultaría su incidencia en la autoestima. Se hiere siempre a la persona en

Acesso em 13 junho 2010. **Artigo 11** – Proteção da Honra e da Dignidade. **1.** Toda pessoa tem direito ao respeito a sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. (tradução nossa)

¹⁶¹ CIFUENTES, 2008, p. 486. [...] que o homem sente, valoriza e sublima, colocando-o entre suas mais preciosas dádivas. É uma qualidade moral do espírito, que pode ser ferida, sofrer afronta e que costuma ser defendida com o mesmo afínco, com a mesma força de quem luta entre a vida e a morte.

algo exclusivo y propio de ella. Por esto el criterio más completo y claro resulta en englobar los dos significados.¹⁶²

Incumbe lembrar que o Pacto de San José de Costa Rica, acima mencionado, foi ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. Tendo entendido o Supremo Tribunal Federal, em reiteradas decisões, que esse tratado internacional passou a fazer parte do ordenamento jurídico nacional com hierarquia de normas supralegal, conforme RE 466.331-0¹⁶³, do Pleno do referido Tribunal.

¹⁶² CIFUENTES, 2008, p. 488. [...] pois, a lesão a um ou outro prejudica a mesma pessoa . Ainda quando o ataque se limite ao bom nome, à fama, ou for por ele historicamente circunstancial dependendo da época e do local, difícil resultaria sua incidência na autoestima. Fere-se sempre a pessoa em algo exclusivo e próprio dela. Por isto o critério mais completo e claro resulta em englobar os dois significados. (tradução nossa)

¹⁶³ BRASIL: **Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno**. Decisão proferida no recurso extraordinário RE 466.331-0. EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação de medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 4º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (*Pacto de San José da Costa Rica*). Recurso Improvido. Julgamento conjunto do RE 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> Acesso em: 13 junho 2010.

4 COLISÃO ENTRE DIREITO À PROVA E OS DIREITOS DE PERSONALIDADE – SOLUÇÕES – CASUÍSTICA

O capítulo primeiro do presente estudo cuidou da evolução histórica dos direitos fundamentais, seu conceito, a garantia de acesso ao judiciário, bem como os direitos ao contraditório e à ampla defesa, tendo como corolário o direito à prova, todos como direitos fundamentais da pessoa, fazendo especial menção à questão da prova ilícita.

Na sequência, o segundo capítulo abordou a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, sua aplicabilidade entre particulares, bem como sua evolução e desenvolvimento a partir da eficácia vertical, sob a qual foram concebidos originariamente os direitos fundamentais para defender o indivíduo do Estado. Procurou-se demonstrar que os direitos fundamentais, em sua orientação vertical, visam proteger a pessoa da ação do Estado, enquanto as teorias da eficácia horizontal introduzem, no sistema jurídico, a proteção intraparticulares denominando-os de direitos de personalidade. Assim, tratam-se dos mesmos direitos, porém com destinatários distintos. Quando se fala na proteção da pessoa diante da ação do Estado utiliza-se a expressão direitos fundamentais. Quando se refere à aplicação dos mesmos dentro das relações privadas, denomina-os de direitos de personalidade.

Tanto os direitos fundamentais quanto os direitos de personalidade, têm sua origem e destino na consagração do princípio da dignidade humana, sendo todos alçados à categoria de princípios constitucionais, embora algumas normas possam estar formalmente inseridas em Lei infraconstitucional, mantendo, porém materialmente, o *status*, de princípio de natureza constitucional. Assim, todos direitos de mesma grandeza, todas normas de primeiro grau.

Antes de avançar no aspecto atinente à colisão que possa existir entre tais princípios, como solucioná-la e analisar eventual ocorrência de confronto entre o direito a produzir a prova com alguns direitos de personalidade, faz-se necessário distinguir entre regras e princípios, bem como solucionar os conflitos.

4.1 DISTINÇÃO ENTRE NORMAS, REGRAS E PRINCÍPIOS

Colisões entre direitos fundamentais, assim como conflitos destes com outros valores constitucionais, vêm estimulando o estudo da mais moderna doutrina constitucional. “O que acontece quando duas posições protegidas como direitos fundamentais diferentes contendem por prevalecer numa mesma situação?”¹⁶⁴.

Especificamente para este estudo, qual seria a resposta para a colisão entre o direito à prova pela empresa e o direito de personalidade de terceiro, quem mantém relação com aquela?

Em busca de respostas passamos, necessariamente pelo estudo do instituto da colisão, fazendo-se necessária a distinção entre normas, regras e princípios.

Conforme Humberto Ávila, normas não são conjuntos de textos ou dispositivos, mas os sentidos que podem ser construídos a partir da interpretação sistemática que se faça de determinados textos normativos. Assim, dispositivos se constituem ao mesmo tempo no objeto da interpretação e as normas nos seus resultados. Adverte, ainda, o autor, que não há existência unívoca entre dispositivo e norma. Portanto, nem sempre onde há um, necessariamente haverá de ter o outro.¹⁶⁵

JJ Gomes Canotilho, ao se referir sobre as diferenças entre regras e princípios, afirma que “[...] regras são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos sem qualquer exceção.”¹⁶⁶

Quanto aos princípios, esclarece o doutrinador lusitano, são normas que exigem a realização de algo,

[...] da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de ‘tudo ou nada’; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a ‘reserva do possível’, fática ou jurídica.¹⁶⁷

¹⁶⁴ MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 283.

¹⁶⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. Ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30-31.

¹⁶⁶ CANOTILHO, 2002, p. 1239.

¹⁶⁷ Id., 2002, p. 1239.

Numa concepção estrutural, os princípios constitucionais e sua conformação como regras e princípios, como espécies normativas distintas, constitui, segundo Robert Alexy:

*[...] el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta a cerca de la posibilidad y los limites en el ámbito de los derechos fundamentales.*¹⁶⁸

Tanto regras, quanto princípios são, portanto, normas, cuja distinção pode ser encarada como uma das vigas de sustentação da teoria dos direitos fundamentais. A consolidação da:

*[...] ideia de normatividade dos princípios jurídicos se converte em elemento significativo para uma segura e salutar transposição da teoria formal-positivista, avançando-se para o estabelecimento de uma teoria material da Constituição e dos princípios constitucionais.*¹⁶⁹

Não há unanimidade entre os doutrinadores quanto à distinção entre princípios e regras. Contudo, houve significativa evolução nos seus conceitos e interpretações.

O doutrinador alemão Josef Esser define princípios como aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. A diferença entre princípios e regras seria uma distinção qualitativa, de forma que o traço distintivo estaria em seu fundamento normativo¹⁷⁰. Para Karl Larenz os princípios seriam normas de grande relevância para o ordenamento, pois estabelecem fundamentos para a interpretação e aplicação do direito, na medida

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción de Ernesto Garón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 81-82. “[...] o marco de uma teoria normativa-material dos direitos fundamentais e, com ele, um ponto de partida para responder à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais. (tradução nossa)”

¹⁶⁹ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, p. 72.

¹⁷⁰ ESSER, Josef, **Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung de Privatrechts**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1990. p. 51

que lhes falta a conexão entre hipótese de incidência e uma consequência jurídica.¹⁷¹

Aos olhos de Canaris existem duas características diferenciadoras entre princípios e regras, sendo a primeira de conteúdo axiológico. Princípios, diferentemente das regras, teriam um conteúdo explicitamente axiológico, dependendo das normas para sua concretização. A segunda característica denota o modo de interação com outras normas: os princípios, diferentemente das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação, acrescentando novos elementos distintivos.¹⁷²

A partir da apresentação da filosofia jurídica de Dworkin, na década de 1970, o autor ganhou *status* de maior e mais implacável crítico do positivismo jurídico. Sua teoria constitui a mais difundida e inquietante crítica sistematizada às bases teóricas e filosóficas das concepções juspositivistas. A ofensiva ao juspositivismo tem como ponto de partida o modelo hartiano. Dworkin repele a separação entre direito e moral. A chamada Teoria Liberal do Direito está fundada sobre a doutrina dos direitos, que encara os direitos individuais como verdadeiros trunfos frente à maioria.

Dworkin propõe o seguinte critério de identificação:

*[...] un principio é un principio de derecho si figura en la teoría del derecho, más lógica y mejor fundada que se pueda presentar como justificación de las normas institucionales y substantivas explícitas de la jurisdicción en cuestión.*¹⁷³

Segue Dworkin, afirmando que uma teoria do direito deve proporcionar sustentação para o dever judicial:

[...] entonces los principios que enuncia deben tratar de justificar las normas establecidas, identificando las preocupaciones y tradiciones morales de la

¹⁷¹ LARENZ, Karl. **Richtiges recht**. München, Beck, 1979, p. 23.

¹⁷² CANARIS, Claus-Wilhelm, **Systemdenken und Systembegriff in der jurisprudence**. Berlin: Duncker und Humblot, 1983. p. 50-55.

¹⁷³ DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Traducción de Marta Guastavino. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989. p. 128. [...] um princípio é um princípio de direito quando figura na teoria do direito de forma mais lógica e melhor fundamentada que se possa apresentar como justificação das normas institucionais e substantivas explícitas da jurisdição em questão. (tradução nossa)

*comunidad que, en opinión del jurista que elaboró la teoría, fundamentan realmente las normas.*¹⁷⁴

Extrai-se da teoria de Dworkin que os princípios jurídicos são válidos porque se constituem em princípios morais que justificam o ordenamento jurídico. Assim, muito embora seja possível identificar os princípios do sistema por uma regra de conhecimento típica do modelo hartiano, há uma sensível diferença funcional que torna incompatível tal expediente:

[...] enquanto a regra de reconhecimento serve para descrever o direito vigente e atestar a validade de práticas sociais específicas, segundo uma proposta teórica moralmente nutra e desvencilhada de propósitos de justificação, os princípios desenvolvidos por Dworkin servem para justificar a existência de certos deveres jurídicos baseados na existência de regras morais, uma justaposição entre Direito e moral que permite um redimensionamento do conceito de Direito.¹⁷⁵

Para o autor de tradição anglo-saxônica, as regras são aplicadas no modo tudo ou nada (*all-or nothing*), pois se a hipótese de uma regra é preenchida, ou a regra é válida e resulta em aceitação, ou a regra não é considerada válida. Ou seja, havendo colisão entre regras, uma há que ser considerada inválida. Inversamente, os princípios contêm fundamentos que devem ser comungados com outros provenientes de diversos princípios. Assim, afirma que os princípios possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*), que não existe no caso das regras. Havendo colisão de princípios, nenhum é considerado inválido. Há entendimento que o princípio de peso maior se sobreponha ao outro. Dessa forma, pode-se dizer que para o autor a diferença entre princípio e regra baseia-se numa estrutura lógica, não numa distinção de grau, como até então era vista.¹⁷⁶

Assim como a teoria de Dworkin, a doutrina de Alexy se apresenta como das mais influentes no modelo pós-positivista que marca o novo constitucionalismo. E, embora apresentem semelhança e aproximação, inclusive no âmbito da divisão do

¹⁷⁴ DWORKIN, 1989, p. 129. [...] portanto os princípios que enuncia devem tratar de justificar as normas estabelecidas, identificando as preocupações e tradições morais da comunidade que, na opinião do jurista que elaborou a teoria, fundamentam realmente as normas. (tradução nossa)

¹⁷⁵ CRISTÓVAN, 2009, p. 80.

¹⁷⁶ ÁVILA, 2009, p. 36-37.

sistema jurídico em regras e princípios, inegavelmente apresentam diferenças não só formais como substanciais. Existem muitas coisas comuns entre as teorias, mas o arcabouço de ambas é bem distinto.

Alexy deposita sua teoria dos direitos fundamentais na divisão estrutural entre regras e princípios jurídicos como espécies normativas. A diferenciação entre regras e princípios, na doutrina de Alexy, abandona o âmbito gradual e avança para aspectos qualitativos.¹⁷⁷

A partir das ponderações de Dworkin, Alexy aprimorou ainda mais o conceito de princípios proposto por aquele. Para Alexy, os princípios jurídicos são considerados uma das espécies de norma jurídica, com a característica de estabelecer deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas. Com suporte na jurisprudência alemã, Alexy demonstra a existência de tensionamento que ocorre no caso de colisão entre os princípios, apontando que a solução nestes casos não se dá com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre o outro, “[...] mas é estabelecida em função da ponderação entre os princípios colidentes, em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência.”¹⁷⁸

Segundo a doutrina de Alexy, o ponto decisivo da distinção entre regra e princípios é que

*[...] los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y la medida debida de su cumplimiento no depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.*¹⁷⁹

¹⁷⁷ CRISTÓVAN, 2009, p. 86.

¹⁷⁸ ÁVILA, 2009, p. 37.

¹⁷⁹ ALEXY, 1993, p. 86. [...] os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandamentos de otimização, que estão caracterizados pelo fato que podem ser cumpridos em diferentes graus e a medida devida de seu cumprimento não depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras conflitantes. (tradução nossa)

Esclarece, ainda, o estudioso alemão, que, ao contrário dos princípios, as regras são normas que devem ser sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Sendo uma regra válida, há que se cumprir aquilo exatamente aquilo que ela exige, nem mais, nem menos. Portanto,

[...] las reglas contén determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios o cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.¹⁸⁰

Uma relação regulamentada por uma regra somente admite duas possibilidades, obedecê-la ou não. Dessa forma, a ação do homem pode ser qualificada como estando de acordo ou contrária a uma regra, não há um meio termo, é tudo ou nada. Princípios estabelecem um ideal, que pode ser realizado em diversos graus. Assim a ação humana pode ser mais ou menos perfeita quando analisada sob os olhos dos princípios, despontando um sentido gradual.

A concepção de princípios e regras jurídicas com espécies normativas foi acolhida pela doutrina nacional, sendo defendida, entre outros, por Eros Grau, que ressalta o inegável cunho normativo dos princípios, que se contrapõem às regras, no conjunto conformador do ordenamento jurídico “[...] os princípios são norma jurídica, ao lado das regras – o que converte norma jurídica em gênero, do qual são espécies os princípios e as regras jurídicas [...]”.¹⁸¹

4.2 COLISÕES ENTRE PRINCÍPIOS E CONFLITOS ENTRE REGRAS

Ao estudar os casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras, torna-se mais clara a diferença existente entre regras e princípios. Encontradiça nas colisões entre princípios e nos conflitos entre regras é o que ocorre quando duas

¹⁸⁰ ALEXY, 1993, p. 87. [...] as regras contém determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio. (tradução nossa)

¹⁸¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990, p. 76.

normas isoladamente aplicadas levariam a resultados inconciliáveis entre si. Portanto, distinguem-se na forma de solução encontrada para tais colisões.

O conflito entre regras detém uma solução mais simples. A doutrina parece ter o entendimento comum, pois, a antinomia entre as regras consubstancia verdadeiro conflito, que só será solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção. Contudo, o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento a ser solucionado mediante uma ponderação que atribua peso ou grau a cada um deles.¹⁸²

Canotilho entende haver uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando:

[...] o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um 'cruzamento' ou 'acumulação' de direitos [...], mas perante um 'choque', um autêntico conflito de direitos.¹⁸³

Os princípios são determinações para que específico bem seja satisfeito e protegido na melhor medida que as circunstâncias permitem. “Daí se dizer que são mandados de otimização, já que impõe que sejam realizados na máxima extensão possível. Por isso é factível que um princípio seja aplicado em graus diferentes, conforme o caso atraí.”¹⁸⁴

Portanto, essas características acabam impondo, no caso de um eventual conflito entre princípios incidentes sobre uma mesma situação concreta, uma solução que não será aquela que se socorre nos casos de confronto entre regras.

Dworkin afirma que os princípios, diferentemente das regras, em caso de conflito, possuem uma dimensão de peso que se exterioriza nessas ocasiões, situação em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro sem que este perca sua validade.¹⁸⁵

Havendo conflito entre princípios, segundo Mendes, Coelho e Branco, se deve buscar

¹⁸² ÁVILA, 2009, p. 51.

¹⁸³ CANOTILHO, 2002, p. 1253.

¹⁸⁴ MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 284.

¹⁸⁵ ÁVILA, 2009, p. 51

[...] a conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, segundo a respectiva relevância no caso concreto, sem que tenha um dos princípios como excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com outro.¹⁸⁶

Afirmam, ainda, os doutrinadores brasileiros acima indicados, que essa característica dos princípios, de funcionarem como mandados de otimização, revelam um elemento essencial:

Eles possuem um caráter *prima facie*. Isso significa que o conhecimento da total abrangência de um princípio, de todo o seu significado jurídico, não resulta imediatamente da leitura da norma que o consagra, mas deve ser complementado pela consideração de outros fatores. A normatividade dos princípios é, nesse sentido, provisória, 'potencial, com virtualidades de se adaptar à situação fática, na busca de uma solução ótima.¹⁸⁷

Assim, partindo-se do pressuposto que os direitos fundamentais têm *status* de princípios, deduz-se que sempre poderá haver colisão entre eles, o que é comum acontecer entre o direito à constituição e produção da prova por um lado e os direitos de personalidade de outro.

Na tentativa de criar uma forma de possibilitar a relação entre si de princípios aparentemente inconciliáveis, Alexy criou a chamada “Lei de Colisão” destinada a resolver tais embates.

4.3 LEI DA COLISÃO

Extraí-se da doutrina de Robert Alexy que os direitos fundamentais se apresentam no sistema jurídico com o caráter de princípios. Assim, na sua perspectiva, os princípios são tidos como uma categoria deontológica, responsáveis por garantir coerência lógica ao sistema, sendo caracterizados como mandados de otimização, cujo cumprimento pode se dar em maior ou menor grau, na proporção ou não da existência de colisão com outros princípios. Pressupondo-se que os

¹⁸⁶ MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 284.

¹⁸⁷ Ibid., 2008, p. 285.

direitos fundamentais detêm a condição de princípios, deduz-se que sempre poderá haver colisão entre eles.¹⁸⁸

Tal ocorre quando dois princípios isoladamente considerados conduzem a uma contradição. Um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Explica Alexy que essa colisão não é resolvida pela declaração de invalidade de um dos princípios, excluindo-o do ordenamento jurídico, a exemplo do que ocorre no conflito entre regras. Da mesma forma, tal confronto entre princípios não pode ser resolvido mediante a criação de uma exceção em um dos princípios, posto que a vincularia para situações futuras de aplicação do princípio.¹⁸⁹

Partindo da premissa que ao se relacionarem os princípios podem se tornar incompatíveis entre si, Alexy, propõe a criação do que chama de Lei de Colisão, com o intuito de resolver casos em que ocorre tal confronto, através

[...] de uma ponderação de precedências e pesos dos princípios em colisão, não obstante leciono que eles estão sempre no mesmo nível hierárquico, possuindo, tão-somente no caso concreto, diferentes pesos. Dessa feita, propõe que, na análise de precedência, sejam verificadas as consequências fáticas e jurídicas, que a aplicação de cada princípio acarretará no caso em exame e, pra tanto, apresenta como ferramenta analítica o Critério da Proporcionalidade.¹⁹⁰

Nas palavras do próprio Alexy, a melhor solução para colisão entre princípios consiste em

[...] *teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de precedencia condicionada. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.*¹⁹¹

¹⁸⁸ BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho.** São Paulo. LTr. 2007, p. 88-89.

¹⁸⁹ ALEXY, 1993, p. 91-92.

¹⁹⁰ BRANCO, 2007, p. 89-90.

¹⁹¹ ALEXY, 1993, p. 92. [...] tendo em conta as circunstâncias do caso, se estabelece entre os princípios uma relação de precedência condicionada. A determinação da relação de precedência condicionada consiste em que, tomando em conta o caso, se indicam as condições sob as quais um princípio precede a outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente. (tradução nossa)

Cumpramos registrar, que a teoria de Alexy propõe uma diferença entre princípios e valores:

*Esto último responde exactamente al modelo de los principios. La diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que **en** el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de **los principios, prima facie** debido; y lo que en el modelo de los valores **es** definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente.*¹⁹² (destaques no original)

Ensina, ainda, Alexy, no que se refere às colisões de princípios decorrentes de direitos fundamentais, que tais colisões podem ocorrer de duas maneiras: estrita e ampla.

Ocorre colisão estrita quando estão envolvidos dois ou mais direitos fundamentais, não necessariamente do mesmo caráter.

Por sua vez, colisão ampla ocorre, quando um direito fundamental se pretenda exercer em face a um valor constitucional, um interesse coletivo que se pretenda preservar.

A lei de colisão de Alexy propõe uma fórmula para a solução das colisões entre princípios. Se o princípio P_1 , sob as circunstâncias C , precede ao princípio P_2 , e se de P_1 , sob as circunstâncias C , resulta a consequência P , então vale a regra que contém C , como hipótese fática de incidência, e P , como consequência jurídica.¹⁹³

Embora a doutrina de Robert Alexy tenha trazido imensa contribuição à questão dos direitos fundamentais, algumas críticas à sua Lei de Colisão se destacam. Especial pela negação da carga valorativa de sua teoria e na pretensão audaciosa de crer e defender que uma fórmula seria capaz de resolver toda e qualquer realidade do mundo em suas dimensões histórica, moral e social. Tal

¹⁹² ALEXY, 1993, p. 147. Este último (valores) responde exatamente ao modelo dos princípios. A diferença entre princípios e valores se reduz assim a um ponto. O que **no** modelo dos valores é *prima facie* o melhor, no modelo **dos princípios é prima facie** o devido; e o que no modelo dos valores é definitivamente o melhor, é no modelo dos princípios, definitivamente o devido. Assim pois, os princípios e os valores se diferenciam só em virtude de seu caráter deontológico e axiológico respectivamente. (tradução nossa)

¹⁹³ ALEXY, 1993, p. 92.

crítica ganha relevo no ordenamento jurídico nacional, diante do caráter fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁹⁴

4.4 POSTULADOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Na tentativa de solucionar os conflitos que eventualmente ocorrem quando se posta um princípio fundamental ou direito de personalidade, frente a outro princípio, ganha relevo o estudo dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.

4.4.1 Nomenclatura

Denominados por diversos doutrinadores como princípios¹⁹⁵, por outros como máximas¹⁹⁶, preferimos adotar para este estudo a denominação escolhida por Humberto Ávila¹⁹⁷, como “postulados normativos”, para se referir à razoabilidade e proporcionalidade, embora, a maior parte da doutrina utilize o termo “princípio”, sem quaisquer explicações para tal nomenclatura.

Entende Humberto Ávila, que razoabilidade e proporcionalidade superam o âmbito das normas, adentrando no que denomina de metanormas, como sendo deveres que se situam num segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras. Pois, situam-se num plano distinto do qual se encontram as normas, cuja aplicação estruturam. A violação dos postulados decorre da não interpretação das normas de acordo com sua estruturação. Em decorrência, classifica-as como metanormas, ou normas de segundo grau, pois os postulados normativos funcionam como uma estrutura para aplicação da outras normas.¹⁹⁸

Decorre disto, que os postulados podem ser considerados em um nível diverso daquele ocupado pelas normas objeto de aplicação. Ao denominá-los como

¹⁹⁴ BRANCO, 2007, p. 91-92.

¹⁹⁵ SZANIAWSKI, 2005, p. 282.

¹⁹⁶ CRISTÓVAM, 2009, p. 64-65.

¹⁹⁷ ÁVILA, 2009, p. 122-123.

¹⁹⁸ Id., p. 134.

princípios ou regras, causar-se-ia mais confusão que esclarecimento em relação dos mesmos. Além do mais, os postulados normativos possuem funcionamento diverso daquele que ocorre com regras e princípios. Conforme estudado acima, as regras contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível; princípios são normas responsáveis por garantir coerência lógica ao sistema, sendo caracterizados como mandados de otimização, buscam um estado ideal de coisas; os postulados, em sentido diverso,

[...] não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se pode confundir princípios com postulados.¹⁹⁹

Justifica, ainda, o doutrinador gaúcho que a diferenciação entre postulados normativos, regras e princípios se dá tanto ao nível, quanto à função. Pois, princípios e regras são objeto da aplicação, enquanto os postulados estabelecem os critérios como se dará a aplicação. Princípios e regras têm a função de determinar condutas obrigatórias, permitidas e proibidas, os postulados, contudo, servem como parâmetros justamente para a realização destas normas, pelo que referidas como metanormas.²⁰⁰

Adotamos, assim, para este estudo a denominação de “postulados normativos” para os institutos da razoabilidade e da proporcionalidade, por entendê-la juridicamente mais adequada, precisa e tecnicamente correta.

4.4.2 Razoabilidade

O postulado da razoabilidade tem sido pouco considerado e estudado pela doutrina nacional. É recorrente, encontrar seu estudo em conjunto com o postulado

¹⁹⁹ ÁVILA, 2009, p. 135-136.

²⁰⁰ Id., 2009, p. 137.

da proporcionalidade, motivo de confusão sobre o verdadeiro significado e aplicação de cada um dos institutos. Há autores que chegam a entendê-los como sinônimos:

O princípio da proporcionalidade importa a aplicação razoável da norma, adequando-se, como dito, os meios aos fins perseguidos. Por isso, afigura-se que o princípio em pauta confunde-se com o da razoabilidade, podendo as expressões ser utilizadas em sinonímia.²⁰¹

Com o máximo respeito aos referidos doutrinadores, pensamos que tal entendimento é superficial, não subsistindo a análise mais aprofundada dos institutos, conforme será visto na sequência.

Não há dispositivo expresso na Constituição Federal de 1988, prevendo o postulado da razoabilidade. Contudo, entende-se que sua aplicação no direito processual decorre do princípio do devido processo legal, neste sentido José Cristóvan assegura:

A matriz jurídico-filosófica da razoabilidade é a cláusula do *due process of law*, que se desenvolveu a partir do direito anglo-saxônico. Sua garantia, que em um primeiro momento restringiu-se a aspectos marcadamente processuais (*procedural due process*), evoluiu lenta e progressivamente para um âmbito substantivo (*substantive due process*), uma espécie de degrau evolutivo daquele.²⁰²

O termo razoabilidade pode ser utilizado em diversas acepções: razoabilidade de uma alegação, de uma interpretação, de uma restrição, de uma finalidade legal, legislativa em muitas outras, dentre essas Humberto Ávila aponta três: a) razoabilidade como equidade; b) razoabilidade como congruência; c) razoabilidade como equivalência.²⁰³

Sob prisma da equidade, salienta-se que a razoabilidade exige harmonização da norma geral com o caso individual, atuando como instrumento para determinar que os fatos devem ser considerados com a presunção que ocorreram dentro da normalidade. Em contrapartida, quando tratar-se de um caso anormal, não se pode

²⁰¹ ARAÚLO e NUNES JUNIOR, 2007, p. 90.

²⁰² CRISTÓVAN, 2008, p. 197.

²⁰³ ÁVILA, 2009, p. 151-158.

aplicar a norma geral, em decorrência das especificidades da questão. Ao apreciar a razoabilidade como congruência, constata-se que o postulado exige que as normas sejam interpretadas e aplicadas em harmonia com as condições externas a ela, ou seja, exige-se uma relação congruente entre o critério de diferenciação e a medida adotada. Por fim, há que se apreciar a razoabilidade como equivalência, isso quer dizer que deve haver equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.²⁰⁴

4.4.3 Proporcionalidade

O postulado da proporcionalidade destacou-se na doutrina alemã, onde se desenvolveu com maior ênfase (*Verhältnismässigkeitsprinzip*). Basicamente veicula uma ideia, que na esfera de conformação do legislador (*gesetzgeberische*), bem como no âmbito de atuação criativa dos demais poderes públicos, o excesso pode configurar ilegitimidade de determinada providência, em decorrência do princípio do Estado Democrático de Direito, que proíbe a imposição de limitações impróprias aos fins a que se destinam. Conforme Guilherme Guimarães Feliciano, isso significa, que toda providência oficial

[...] ao restringir direitos fundamentais, admite a apreciação material à luz dos fins sociais a que se destina e em face dos demais interesses juridicamente relevantes em jogo, esteja ela consubstanciada em ato legislativo, em ato administrativo ou em ato jurisdicional.²⁰⁵

Aplica-se o postulado da proporcionalidade quando a conjuntura em um dado momento apresenta relação de causalidade entre dois elementos que possam ser discerníveis através da experiência e observação, sendo esta relação, composta de um meio e um fim, de tal sorte, a saber, se um ato restritivo guarda relação de adequação, de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito.

²⁰⁴ ÁVILA, 2009, p. 155-157.

²⁰⁵ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Direito à prova e Dignidade Humana**. São Paulo: LTr, 2007, p. 72.

Assim, a proporcionalidade, tomada como postulado estruturador, não tem aplicabilidade irrestrita. “Sua aplicação depende de elementos sem os quais não pode ser aplicada. Sem um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles, não há aplicabilidade do postulado”.²⁰⁶

O postulado da proporcionalidade possui uma tríplice dimensão: adequação; necessidade e exame da proporcionalidade em sentido estrito; respectivamente *geeignetheit*, *Erforderlinchkeit* e *Grundsatz der Proportionalität*, na doutrina alemã, onde se desenvolveu com excelência.²⁰⁷

A aplicação do postulado da proporcionalidade exige que haja adequação entre o meio e o fim, devendo o meio levar a realização do fim, para o que é necessário que sua eficácia possa contribuir para a ascensão progressiva ao fim.

A adequação deve respeitar um aspecto quantitativo, qualificativo e probabilístico. Deve-se escolher, na medida do possível, o meio que seja mais intenso, o melhor e o mais seguro.

Ao exame da necessidade incumbe verificar a existência de meios alternativos ao escolhido no primeiro momento, que possam conduzir ao mesmo fim, com a menor restrição aos direitos fundamentais afetados. Para tanto, deve deter-se no exame da igualdade de adequação dos meios, verificando se os meios alternativos atingem igualmente o fim almejado; bem como, ao exame do meio menos restritivo, a fim de verificar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais envolvidos.

Por fim, cabe o exame da proporcionalidade em sentido estrito, exigindo à luz dos ensinamentos de Humberto Ávila a comparação

[...] entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais [...] exame complexo, pois o julgamento daquilo que será considerado como vantagem e daquilo que for contado como desvantagem depende de uma avaliação fortemente subjetiva.²⁰⁸

4.4.4 Diferença entre Razoabilidade e Proporcionalidade

²⁰⁶ ÁVILA, 2009, p. 162.

²⁰⁷ FELICIANO, 2007, p. 72 e 85.

²⁰⁸ ÁVILA, 2009, p. 173.

Em que pese, as divergências existentes na doutrina, quanto ao conteúdo dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, com parte dos autores entendendo, até mesmo, tratarem-se de sinônimos, acompanhamos a lição de Humberto Ávila, que faz distinção entre os mesmos.

Segundo o referido autor, a razoabilidade não impõe uma relação de causalidade entre meio e fim. Enquanto, proporcionalidade é um meio adequado a se atingir um fim. Bem como:

Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados a promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre o meio e o fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.²⁰⁹

Diferentemente, a razoabilidade busca promover a harmonização do geral com o individual, trata-se de um dever de equidade. Atua, a razoabilidade, com um instrumento necessário para determinar que as circunstâncias, de fato, devem ser consideradas com presunção de normalidade, bem como, para expressar que a regra geral depende do enquadramento ao caso concreto. Não há um entrecruzar horizontal de princípios, tão pouco relação de causalidade entre o meio e um fim. A realização de um estado de coisas, não é promovido por uma ação (meio).²¹⁰

À razoabilidade impõe-se, ainda, harmonizar o Direito com suas condições externas, exigindo das normas que estejam em congruência com as condições externas de aplicação. Não se analisa, assim, a relação entre o meio e o fim, mas entre critério e medida.

De outra feita, segundo Ávila, o postulado da proporcionalidade pressupõe a existência de causalidade entre o meio (efeito de uma ação) e a promoção de um fim (estado de coisas):

Adotando-se o meio, promove-se o fim: o meio leva ao fim. Já na utilização da razoabilidade como exigência de congruência entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada: uma qualidade e uma medida

²⁰⁹ ÁVILA, 2009, p. 159.

²¹⁰ Id., 2009, p. 159.

adotada há uma relação entre uma qualidade e uma medida adotada: uma qualidade não leva à medida, mas é critério intrínseco a ela.²¹¹

A razoabilidade mantém um dever de equivalência entre duas grandezas, na medida adotada e o critério que a dimensiona. Não há qualquer relação de causa e efeito entre dois elementos, um meio e um fim, como na proporcionalidade, havendo uma relação de correspondência entre duas grandezas.

4.4.5 Ponderação, Razoabilidade e Proporcionalidade – Entendimento do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal tem entendido, reiteradas vezes, pela aplicabilidade do postulado da proporcionalidade e da teoria da ponderação em julgamentos onde há discussão sobre determinados direitos em contraposição a certos valores constitucionalmente protegidos.

Em 1993, em ação direta de inconstitucionalidade proposta em face da Lei do Estado do Paraná nº 10.248/93, que exigia a pesagem dos botijões ou cilindros de gás liquefeito de petróleo, quando da entrega e recolhimento do vasilhame pelas distribuidoras. Exigindo, inclusive, que os veículos que fizessem a entrega do produto a domicílio fossem equipados com balança destinada a esta finalidade. O Supremo Tribunal Federal, decidiu acerca da proporcionalidade e razoabilidade dos dispositivos contidos na referida Lei. A ação houvera sido proposta sob fundamento de incompetência legislativa, bem como por ofensa à razoabilidade e proporcionalidade, a qual restou reconhecida, conforme se verifica na ementa da decisão proferida na ADI 855-2/93:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializem Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União

²¹¹ Id., 2009, p. 160.

para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. **Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos.** 5. Ação julgada procedente. (destacamos)²¹²

A ofensa à razoabilidade e à proporcionalidade foi expressamente reconhecida pela maioria dos Ministros do Tribunal.

Outro caso que ganhou notoriedade foi a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na qual se discutiu o impasse entre o direito do filho em conhecer seu pai biológico e o direito do suposto pai em não ser compelido à colheita de sangue, necessário à realização do exame DNA, tendo o STF abordado a aplicação da ponderação em sua decisão:

EMENTA: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DE VARA". Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.²¹³

O referido caso concentrou-se na ponderação entre o direito da criança conhecer o pai biológico, em confronto com o direito do suposto pai à sua intimidade e intangibilidade física. O direito elementar que tem a pessoa de conhecer sua origem genética tem maior peso frente, à singela restrição, ao direito à intangibilidade física do pai.

Saliente-se que o único meio de prova apto a trazer à luz a realidade dos fatos, com certeza científica e garantir o reconhecimento do pai biológico, era o

²¹² BRASIL: **Supremo Tribunal Federal**. Medica Cautelar em ADI 855-2/PR. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 01.07.1993. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1561243>> Acesso em: 18 jun 2010.

²¹³ BRASIL: **Supremo Tribunal Federal**. HC 71.373-4/RS. Rel. Min. Francisco Rezek, Julgado pelo Tribunal Pleno em 10.11.1994, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, DJ 22-11-1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC.SCLA.+E+71373.NUME.+E+19941110.JULG.&base=baseAcordaos>> Acesso em: 18 jun 2010.

exame de DNA, o qual se punha em conflito com o direito de personalidade do pai à sua intangibilidade física e intimidade.

Assim, sobrepôs-se ao direito de personalidade do pai, o direito da criança à prova de sua identidade genética.

Evidenciada posição do Supremo Tribunal Federal, o qual se utiliza, quando necessário e adequado, o postulado da proporcionalidade e a lei da ponderação, para cumprir com seu papel jurisdicional de guardião da Constituição.

4.4.6 Proporcionalidade em Matéria de Prova

Postos os aspectos gerais do postulado da proporcionalidade, a análise passa a ser elaborada a partir de agora no campo processual, com particular interesse ao presente estudo, em sua aplicação ao direito probatório, quando em conflito o direito à prova com direitos de personalidade de outrem, mormente em decorrência das deficiências que o estudo da matéria enfrenta.

JJ Gomes Canotilho, a respeito do direito constitucional à prova, já manifestou sua indignação com a falta de atenção ao tema: “Há muito tempo que os juspublicistas dão conta que, no direito constitucional, e, mais especificamente, no campo dos direitos fundamentais, existe um clamoroso *deficit* quanto direito à prova”.²¹⁴

Continua Canotilho, em sua doutrina a respeito da questão:

[...] poderá falar-se de um direito constitucional à prova entendido como o poder de uma parte (pessoa individual ou jurídica) representar ao juiz a realidade dos factos que lhe é favorável e de exhibir os meios representativos desta realidade. Talvez possa dizer, que em rigor, o direito constitucional à prova abrange o direito à prova em sentido lato (poder de demonstrar em juízo o fundamento da própria pretensão) e o direito à prova em sentido restrito (alegando a matéria de facto e procedendo à demonstração de existência).²¹⁵

²¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Co-edição. Portugal: Coimbra, 2008. p. 169.

²¹⁵ CANOTILHO, 2008, p. 169-170.

Conforme exposto no primeiro capítulo e respaldado pelos ensinamentos do doutrinador lusitano, acima transcritos, trata-se o direito à prova de verdadeiro direito fundamental elevado ao grau de princípio, posto que corolário dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Destarte, o direito à prova é direito fundamental, como tal elevado à condição de princípio decorrente do *duo process of law*, pois se tem entendido, pelo caráter principiológico das normas constitucionais protetivas dos direitos fundamentais, portanto, passível de colisão com outros princípios, inclusive os decorrentes dos direitos de personalidade.

Em se tratando de conflito de princípios, diante de tudo que foi exposto, resta saber em que medida é possível a harmonização na eventual colisão entre o direito à prova e os direitos de personalidade, através do postulado da proporcionalidade.

Como indicado no primeiro capítulo deste estudo, a Constituição Federal de 1988 dispõe no artigo 5º, inciso LVI: “[...] são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”²¹⁶

Em geral, essas provas violam direitos fundamentais materiais, como os direitos à vida privada e intimidade, à imagem, à honra, ou seja, direitos de personalidade.

Já se tornou lugar-comum a afirmação, que os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos pode justificar restrições aos direitos fundamentais²¹⁷.

Assim, a aplicação do princípio da proporcionalidade pode causar perplexidades, ao ser suscitada no campo da prova (e.g. a idéia de que uma interceptação telefônica não pode ser determinada pelo juiz no processo, embora possa por ele ser valorada em certos casos).²¹⁸

A utilização do postulado da proporcionalidade em direito probatório exige que se busque sua aplicação ao caso concreto, o que significa pesquisa e análise de decisões perante os Tribunais Superiores e Regionais, o que se passa a fazer.

²¹⁶ BRASIL: **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 10 junho 2010.

²¹⁷ SARMENTO, Daniel. Colisão entre direitos fundamentais e interesses públicos. In SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao Prof. Ricardo L. Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 293.

²¹⁸ FELICIANO, 2007, p. 73.

4.5 CASUÍSTICA

A perquirição da verdade dos fatos impõe a realização de provas, que não raras vezes, colocam-se em sentido contrário aos direitos de personalidade dos indivíduos. Na atividade empresarial, objeto do curso que originou o presente estudo, questões jurídicas a respeito da matéria ocorrem com frequência, merecendo uma análise das decisões mais notórias sobre a problemática.

Considerando que a atividade empresarial mantém elevado número de relações de trabalho, elegeu-se a jurisprudência oriunda do Tribunal Superior do Trabalho e alguns Tribunais Regionais do Trabalho para análise da casuística decorrente da colisão entre o direito à prova e os direitos de personalidade.

Decisão paradigmática foi proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, onde o acórdão teve que apreciar a tensão existente entre o direito à intimidade e sigilo de correspondência eletrônica do empregado, com o monitoramento do e-mail corporativo pelo empregador e a prova obtida através de tal fiscalização.

Trata-se de caso onde o empregado foi dispensado por justa causa, em razão do uso indevido do *e-mail* corporativo, através do qual, veiculou imagens pornográficas. Em decorrência, aforou demanda trabalhista, na qual postulou a reversão da justa causa e pagamento das respectivas verbas rescisórias decorrentes.

Sustentou, a parte autora, que a empresa empregadora atentou contra seu direito à intimidade, procedendo violação ao sigilo de sua correspondência eletrônica, ao monitorar o conteúdo de seu *e-mail* corporativo e acessos às páginas da internet. Argumentou, ainda, que a quebra do sigilo de correspondência e respectiva ofensa ao direito à intimidade, inquinou a prova de ilícito absoluto, não podendo ser conhecidos os fatos dela decorrentes.

A tese do empregado logrou êxito em Primeiro Grau, sendo impugnado através de recurso ordinário, que foi provido e reformado pelo Tribunal Regional da Décima Região, mantendo a rescisão contratual por justa causa.

A questão chegou ao Tribunal Superior do Trabalho por interposição de recurso de revista do trabalhador, onde foi distribuído para relatoria do Ministro João Oreste Dalazem, que realizou minuciosa análise do conflito instaurado entre o direito à intimidade do trabalhador, com o direito de propriedade do empregador, a

possibilidade ou não, de monitoramento do *e-mail* corporativo, em consequência, o reconhecimento da licitude ou ilicitude da prova obtida através do rastreamento promovido pela empresa. A decisão proferida no recurso de revista resultou na seguinte Ementa:

PROVA ILÍCITA. “E-MAIL” CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO.

1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (“e-mail” particular). Assim, apenas o e-mail pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade.

2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado “e-mail” corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço.

3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, **o princípio da proporcionalidade** e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o “e-mail” corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. (destacamos)

4. Se se cuida de “e-mail” corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar a INTERNET e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de “e-mail” de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido).

5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em “e-mail” corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal.
6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento.²¹⁹

O voto do Eminentíssimo Ministro trás breve reflexão sobre a disseminação da internet e novas tecnologias de comunicação, como ferramentas de trabalho utilizadas nas empresas. Constata o grande número de empregados trabalhando *on line*, o que demonstra a eficiência e produtividade a gerar expansão dos meios de comunicação eletrônicos no ambiente empresarial. Ressalva, contudo,

[...] ser frequente o abuso por parte de alguns empregados no seu uso, como no envio de fotos pornográficas, divulgação de mensagens obscenas, racistas, difamatórias, reveladoras de segredo empresarial, ou contendo vírus etc.

O uso da internet e do correio eletrônico, apesar de seu imenso sucesso, seja no âmbito pessoal ou empresarial, ainda é matéria relativamente nova ao Direito, pelo que tem suscitado um elenco infindável de tormentosas e atormentadoras questões jurídicas.

Destaca o Relator que uma das questões tormentosas, consiste em definir se o empregador tem direito de “[...] rastrear ou monitorar o *e-mail* corporativo disponibilizado ao empregado para uso em serviço e, em última análise, se é lícita a prova assim obtida, destinada à apuração de justa causa em processo judicial.”

O acórdão preocupa-se em diferenciar o *e-mail* particular ou pessoal do empregado, ao qual ninguém pode exercer qualquer controle, sendo inviolável e

²¹⁹ BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Processo: RR - 61300-23.2000.5.10.0013 Data de Julgamento: 18/05/2005, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 10/06/2005.

Disponível em:

<http://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR - 61300-23.2000.5.10.0013&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAgNcAAS&dataPublicacao=10/06/2005&query=>

Acesso em: 19 jun 2010.

sagrada a comunicação de dados em *e-mail* particular; do *e-mail* corporativo, em que o empregado recebe da empresa um endereço eletrônico, computador e provedor, tudo para a utilização estritamente em serviço. Ilustra que se poderia comparar o *e-mail* corporativo a uma correspondência em papel timbrado da empresa.

Desta forma, distingue o *e-mail* corporativo do pessoal ou particular do empregado, uma vez que, aquele equivale a uma ferramenta de trabalho posta pela empresa à disposição para a realização do trabalho. Não existe, no Brasil, disciplinamento específico quer seja para proteção à privacidade do empregado no uso do *e-mail* corporativo, quer seja permitindo expressamente seu monitoramento por parte da empresa.

Sob a perspectiva do Direito Comparado, verifica-se que o Reino Unido é um dos Países que mais evoluiu nesta área: desde 24/10/2000, é possível aos empregadores proceder ao monitoramento de *e-mails* e telefonemas de seus empregados.

A jurisprudência americana tem se firmado no sentido que o empregado não possui uma razoável expectativa de privacidade quanto ao uso do *e-mail* corporativo e do acesso à Internet pelo sistema da empresa.

Destaca o Ministro Relator que

[...] é imperativo notar também que não há direito absoluto e que na concepção de direito justo repousa a necessidade de observância do **princípio da proporcionalidade** como mecanismo destinado a evitar a excessiva proteção a um direito em detrimento de outro.

Verifica-se, portanto, que foi decisiva para solução do conflito entre o direito à intimidade do empregado e o direito à prova da motivação da justa causa pelo empregador, a observância do princípio da proporcionalidade, acima estudado.

Têm gerado discussão, perante os Tribunais de Trabalho, as questões atinentes às escutas, interceptações e gravações, tanto telefônicas quanto ambientais.

Antes que se passe ao estudo de alguns casos concretos, faz-se necessário breve dicção das diferenças entre interceptações telefônicas, gravações telefônicas,

escutas telefônicas, interceptação ambiental, escuta ambiental e gravações ambientais.

Registre-se que, a princípio, as gravações telefônicas ambientais, em sentido amplo são consideradas provas ilícitas, sua admissibilidade e eficácia como meio de prova esbarra na inviabilidade do sigilo de comunicações, assim como na vida privada e intimidade das pessoas. Contudo a necessidade de prover o Estado-jurisdição de meios necessários e eficazes no combate à criminalidade e na manutenção da ordem jurídica implica, por vezes, na necessidade de ponderar-se entre a necessidade de lançar mão desses meios de prova, ainda que, em ofensa aos direitos da personalidade.

Em sentido amplo, pode-se dizer que a interceptação significa a captação de comunicação entre duas pessoas, por um terceiro estranho àquela comunicação estabelecida.

A interceptação telefônica, em sentido estrito, consiste na captação da conversa telefônica por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, chamada coloquialmente de “grampeamento”. Pode ser lícita, desde que realizada dentro dos parâmetros legais, que exigem ordem judicial pelo juízo competente, na forma do artigo 5º, inciso, XII, da Constituição Federal:

[...] é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.²²⁰

Portanto, em algumas circunstâncias, a interceptação telefônica é lícita, devendo ser ordenada por juiz criminal, com a finalidade de investigação criminal ou instrução processual penal, sendo em natureza cautelar, necessária, ainda, a presença de *fumus boni juris* e *periculum in mora*. Nesses casos, trata-se de produção de prova lícita, não podendo se cogitar em ofensa à privacidade e à intimidade, desde que respeitados os pressupostos legais, pois sua previsão tem sede constitucional, não detendo necessidade de ponderar pela sua recepção ou não, como prova no processo.

²²⁰ BRASIL: Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05.10.1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >. Acesso em: 10 junho 2010.

Saliente-se, inclusive, que ordenada por juiz criminal, poderá ser objeto futuramente de prova emprestada em outros ramos e esferas do Judiciário, pois não há vício na sua obtenção.

Define-se, como escuta telefônica, a interceptação realizada por terceiro, sem o consentimento de um dos interlocutores.

Por interceptação ambiental, entende-se, a captação de conversa entre presentes, realizada por terceiro, dentro do ambiente onde se situam os interlocutores, com desconhecimento, por parte desses, da interceptação ocorrida em ambiente reservado. Salienta-se que, comunicação reservada é aquela que se realiza quando alguém pretende reservar-lhe a percepção de uma gama pré-determinada de sujeitos.

A escuta ambiental, ocorre quando a conversa entre presentes é realizada por terceiro, com o conhecimento de um ou alguns dos interlocutores.

Considera-se, por fim, gravação telefônica e ambiental, aquela praticada pelo próprio interlocutor, ou seja, por um dos participantes com o desconhecimento do outro.

Registre-se, que o Brasil ratificou a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, que assegura a proteção à honra e à dignidade individual, bem como a vedação às ingerências arbitrárias ou abusivas na vida privada e familiar, no domicílio e na correspondência.

ARTÍCULO 11.- Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.²²¹

²²¹ COSTA RICA: **Convención americana sobre derechos humanos**. Pacto de San José de Costa Rica. San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

ARTIGO 11.- Proteção a Honra e a Dignidade.

1. Toda pessoa tem direito ao respeito a sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ataques ilegais a sua honra ou reputação.
 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra essas ingerências ou esses ataques.
- (tradução nossa) Disponível em:
http://seguridad.queretaro.gob.mx/.../Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf ->
 Acesso em 13 junho 2010.

Postos estes conceitos básicos a respeito das gravações, interceptação e escutas telefônicas e ambientais, passa-se à análise de alguns casos onde colidem o direito à vida privada, intimidade e sigilo com direito à prova.

O Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul teve a oportunidade de apreciar recurso ordinário, no qual se insurgia o trabalhador recorrente, em razão do Juízo de Primeiro Grau ter considerado ilícitas as gravações trazidas ao processo, pelo que não foram apreciadas, ensejando o indeferimento do seu pedido de reparação de danos morais.

Em face do recurso interposto, o Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul proferiu decisão, que resultou na ementa seguinte:

EMENTA: NULIDADE DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA ILÍCITA. GRAVAÇÃO CLANDESTINA A validade da gravação clandestina como meio de prova deve observar o princípio da proporcionalidade. Sopesa-se a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, previstas no inciso X do art. 5º da CF/88, com o bem jurídico que se pretende proteger por meio da prova ilícita, que no caso vem a ser a formação de negócio jurídico lícito que proporcionaria o gozo de direitos fundamentais sociais do trabalho e que diz respeito à liberdade real.²²²

Na sua peça de ingresso, o autor alega, que recebeu uma proposta de trabalho da empresa prestadora de serviços para receber salário superior ao pago pela sua empregadora. Assevera, que por lealdade profissional procurou a reclamada dizendo que, em condições de igualdade salarial com o que lhe havia sido oferecido pela outra empresa, permaneceria no emprego. Contudo, passados alguns dias, a empregadora dispensou o trabalhador. Quando, então, procurou empresa prestadora de serviços para aceitar a proposta de emprego que lhe havia sido feita. Afirmou, ainda o trabalhador, que encarregado da empresa citada, falou que havia recebido orientação do gerente de sua ex-empregadora, para que não contratasse o reclamante sem sua autorização.

Munido de um gravador, o reclamante compareceu na sede das duas empresas para falar com os dois encarregados citados, gravando conversas que

²²² RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão - Processo 0065600-17.2005.5.04.0402 (RO)** Redator: JOSÉ FELIPE LEDUR
Data: 13/07/2006 Origem: 2ª Vara do Trabalho de Caxias do Sul
http://iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo.ExibirAcordaoRTF?pCodAndamento=23936670
Acesso em: 20 jun 2010.

ocorriam. O juízo de primeiro grau não admitiu, por ilícita, gravação de áudio em fita magnética.

Em seu voto ponderou o Relator do caso:

A gravação considerada clandestina é a captação e armazenagem de conversa pessoal, ambiental ou telefônica feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, o que em princípio afronta ao inciso X do art. 5º da CF/88, segundo o qual são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Essa espécie de gravação não se confunde com a interceptação telefônica, na qual nenhum dos interlocutores tem ciência de que terceiro esteja na escuta, em afronta ao inciso XII do art. 5º da CF/88, segundo o qual é inviolável o sigilo das comunicações telefônicas.

Ressaltou, ainda, o Relator que independe da diferença existente entre gravação clandestina e interceptação, ambas encontram óbice no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, que dispõe: “[...] são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;” em decorrência do que não resta dúvida que a gravação clandestina é prova ilícita. Ponderou, contudo, que a realização de gravação, quando tiver por objetivo garantir direitos de liberdades dos indivíduos, pode, conforme o caso ser lícita.

Asseverou, também, que não se deve abordar a questão de maneira absoluta, sem sopesar os bens jurídicos em discussão. E considerando que os direitos fundamentais, com exceção da dignidade humana, possuem caráter relativo. Pelo que a necessidade da ponderação:

[...] com observância do princípio da proporcionalidade. De um lado, há de se considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, previstas no inciso X do art. 5º da CF/88; de outro lado, o direito que o autor quer ver reconhecido, que envolve direito fundamental social de natureza trabalhista.

A gravação foi efetuada na presença, mas sem autorização do outro interlocutor, aos olhos do Tribunal, não parece violar a intimidade e nem a vida privada, honra e imagem. No caso, a gravação era o único meio disponível para que o reclamante comprovasse os danos materiais e morais que alega terem sido causados pelo empregador ao impedir a formação do novo contrato de trabalho, o que causou indiscutível repercussão na condição socioeconômica do reclamante,

lesionando-se, pelo menos em tese, os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho e da livre iniciativa.

Com fundamento no postulado da proporcionalidade, analisados os seus aspectos de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, o Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul, deu provimento ao recurso do trabalhador, declarando lícita a gravação como meio de prova naquelas circunstâncias específicas.

Contudo, ratificando o que já foi contemplado alhures, a solução de conflitos entre princípios tem de ser verificada concretamente, sopesando-se todas as circunstâncias e especificidades. Assim, em sentido oposto ao Acórdão acima analisado, verifica-se decisão proferida pelo Tribunal Regional de Minas Gerais, que declarou a ilicitude de gravação de conversa:

EMENTA: CERCEIO DE DEFESA INEXISTENTE. INDEFERIMENTO DE JUNTADA DE GRAVAÇÃO OBTIDA SEM CONSENTIMENTO DO INTERLOCUTOR. PROVA ILÍCITA.

Restando comprovado que o reclamante não autorizou a gravação de conversa mantida a portas fechadas com o gerente da reclamada, a prova em questão não pode ser admitida em juízo, notadamente quando não se sabe em que circunstâncias referida gravação foi obtida. Entendimento em contrário implicaria em violação aos artigos 5.º, LVI da Constituição Federal e 332 do Código de Processo Civil, que impõem limitações à produção da prova, não admitindo a sua obtenção por meios ilícitos ou ilegítimos, salvo quando valor de maior relevância estiver em jogo, oportunidade que tem lugar a aplicação do princípio da proporcionalidade.²²³

Trata-se de recurso ordinário interposto em face de sentença que indeferiu a juntada de uma fita cassete, que conteria gravação ocorrida nas dependências da empresa, quando o empregado teria confessado a autoria de furto ocorrido dentro do estabelecimento, que resultou na dispensa do reclamante por justa causa em virtude da prática de ato de improbidade.

Alega em seu recurso que se o empregado tivesse conhecimento prévio da gravação, por óbvio não reconheceria o delito.

²²³ MINAS GERAIS. **Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região**. 00175-2004-077-03-00-8 RO. Relator: Luiz Ronan Neves Koury . Publicação 10/09/2004 - DJMG - Página 10

Disponível em:

<http://as1.trt3.jus.br/consultaunificada/mostrarDetalheLupa.do?evento=Detalhar&idProcesso=RO++0410875&idAndamento=RO++0410875PACO20040910+++++8594000>

Acesso em: 20 jun 2010.

Entendeu o Relator, em seu voto, que a rejeição da referida fita como meio de prova não configura cerceio de defesa, vez que a gravação foi obtida de forma ilegítima.

Destacou o Relator, em seu voto que as reproduções:

[...] por meio mecânico, fotográfico, cinematográfico, fonográfico ou de outra espécie só são válidas como prova se obtidas por meios lícitos. Entendimento em sentido diverso implicaria em violação ao artigo 5º, LVI da Constituição Federal. Como o reclamante informou em juízo que não autorizou a gravação da conversa mantida a portas fechadas com o gerente da reclamada, a prova em questão é ilegítima [...]

Ressaltou o Relator, que a empresa reclamada, na própria defesa, indica outros meios de prova que poderiam ser por ela utilizados para comprovação da autoria do delito imputado ao reclamante, sendo este, mais um motivo para a não utilização de prova considerada ilícita.

Fica evidenciado, destarte, que embora a gravação cumprisse o aspecto da adequação, posto que servia como meio ao fim pretendido, esbarrava no aspecto necessidade, pois, havendo outras formas de provar o delito imputado ao empregado, não haveria necessidade de afrontar o direito à privacidade, intimidade e sigilo do trabalhador, não passando assim pelo crivo da proporcionalidade.

O Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, em julgamento de reparação de danos morais, ressaltou a dificuldade da comprovação dos atos ilícitos configuradores do dano moral, assim decidiu:

EMENTA: PROVA ILÍCITA E DANOS MORAIS.

A gravação ambiental de diálogo por um dos interlocutores, sem conhecimento e autorização dos demais, não constitui **prova ilícita**, mormente quando a ação versa sobre danos morais, muitas vezes de difícil comprovação. A gravação realizada, no caso em tela, configurou legítima defesa da reclamante em face das ofensas por ela apontadas, o que afasta a arguição de ilicitude da prova ²²⁴

²²⁴ SÃO PAULO. **Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região**. 00624200406202004, Acórdão Nº 20080267615. Relator Adalberto Martins. Disponível em: <http://gsa.trtsp.jus.br/search?q=cache:ln47sE1XMfsJ:trtcons.trtsp.jus.br/cgi-bin/db2www/aconet.mac/main%3Fselacordao%3D20080267615%26a%3Dabc+%22principio+da+proporcionalidade%22+%22prova+il%C3%ADcita%22&site=Acordaos&client=trt2Acordao&lr=lang_pt&access=p&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=trt2Acordao&oe=UTF-8>

A decisão decorre de demanda trabalhista, onde a trabalhadora postula reparação por dano moral, vez que era vítima de ofensas morais. Trouxe como prova ao processo um CD, no qual continha gravação de diálogo em que ocorriam ditas ofensas.

O Tribunal aceitou a prova como válida, porque obtida por meio de gravação ambiental de diálogo em que participava a própria trabalhadora.

Ressaltou o Relator, que o fato da trabalhadora ser uma das interlocutoras do diálogo, com conhecimento da realização da gravação, afasta a ilicitude da prova,

[...] pois o **princípio da proporcionalidade**, utilizado para atenuar o rigor da vedação constitucional às provas ilícitas (art.5º, LVI, CF), mostra-se aplicável à situação em tela, configurando a gravação realizada verdadeiro ato de legítima defesa da reclamante em face das ofensas por ela apontadas, o que afasta qualquer ofensa à privacidade e à liberdade de comunicação, motivo pelo qual admito a gravação apresentada como prova deste processado. (destacamos)

Assim, foi acolhida a gravação ambiental de diálogo, no qual a pessoa ofendida tinha conhecimento da gravação, sendo uma das interlocutoras da conversa.

Evidenciado pelos Acórdãos acima analisados, que os Tribunais brasileiros começam a acolher, ainda que timidamente, o postulado da proporcionalidade.

Contudo, verificou-se na ampla pesquisa jurisprudencial empreendida, que são poucos os casos em que as decisões se dão pela aplicação do postulado da proporcionalidade, gerando insegurança jurídica ao jurisdicionado.

Essa conclusão demonstra que a matéria enseja maiores e mais aprofundados estudos, bem como discussões tanto no mundo acadêmico quanto jurisdicional.

CONCLUSÃO

A pesquisa realizada buscava solução para questão inquietante: em que medida seria possível a conciliação entre o direito à prova e os direitos de personalidade de terceiros. Descobriu-se de início a existência de um *déficit* existente na doutrina e jurisprudência a respeito da matéria.

Apurou-se no primeiro capítulo, que o surgimento dos direitos fundamentais encontra-se imbricado com o surgimento do próprio Estado Moderno e as primeiras Constituições.

À época das Monarquias Absolutistas, o Estado detinha poder desmesurado sobre seus súditos, tendo como expoente Luiz XIV, que se auto intitulou *L'Etat c'est moi* (O Estado sou eu). Destaca-se nesta época o pensamento de Maquiavel, que defendia uma ideologia pró-unificação dos Estados Nacionais, centralizando o poder na pessoa do Rei. Tal ideia foi fortalecida pela doutrina de Thomas Hobbes, que entendia serem os homens maus por natureza, em razão do que era necessária a centralização do poder nas mãos do monarca para conter esta natureza violenta inerente ao ser humano. Defendia, assim, a teoria do Governo Absoluto. O poder absoluto dos monarcas contava, ainda, com respaldo da igreja, pelo que os mandos e desmandos eram justificados pelo Poder Divino do qual estavam investidos.

Paralelamente à teoria absolutista de Maquiavel e Hobbes, desenvolviam-se as teorias jusnaturalistas, com influência no surgimento dos direitos fundamentais. De grande importância foi o pensamento de São Tomás de Aquino, baseado na igualdade cristã entre os homens, dando a ideia de dignidade da pessoa humana. Também exerceu influência no pensamento do século XVIII John Locke, que instigou iluministas franceses, alemães e americanos, sendo o primeiro a defender direitos naturais e inalienáveis do ser humano. O desenvolvimento do movimento iluminista, com grande destaque a Thomas Paine, culminou com a doutrina do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do homem, despontando a expressão “direitos do homem”.

Com o advento da revolução francesa, pôs-se fim à era Medieval e iniciou-se a Idade Contemporânea. A teoria do poder divino dos monarcas foi suplantada pelo

discurso da soberania popular para justificar o poder político. Destacando-se nesta transição pensadores como Rousseau, Montesquieu e Emanuel Joseph Sieyes.

Passa a conceber um Estado Constitucional limitado pelo Direito. Surgem ordenamentos garantidores dos direitos fundamentais do homem, como a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia em 1776 e a Declaração Francesa de 1789, as quais sofreram influências recíprocas do Iluminismo. Portanto, as idéias de Constituição e direitos fundamentais, são manifestações paralelas ocorridas no século XVIII, contendo limites ao poder estatal. Com o surgimento das Constituições e dos direitos fundamentais, o Estado deixa de ter poder absoluto, pois a criação daqueles tem o objetivo de conter o avanço do poder estatal sobre o particular, impondo limites à sua atuação. O Estado deixa de possuir poder sobre os súditos, passando a ser legitimado pelos cidadãos.

Por isso fala-se de aplicação vertical dos direitos fundamentais, posto que criados para defender as liberdades individuais de um poder maior que é o Estado, ou seja, uma relação de desiguais, onde o Estado muitíssimo superior em poder deveria ser contido em proteção dos indivíduos.

Os direitos fundamentais lentamente evoluem passando por uma primeira, segunda e terceira gerações.

A primeira geração desenvolve-se com vistas a fixar uma tutela de autonomia da pessoa frente à ingerência do Estado, trazendo conceitos de abstenção ao Estado, criando obrigações de não intervir na vida pessoal dos indivíduos. Detém uma natureza individualista, provavelmente por terem frutificado na época do pensamento liberal. Inclui os direitos à vida, à liberdade à propriedade, à igualdade (formal) e algumas garantias de ordem processual como o *habeas corpus* e o devido processo legal. O foco da primeira geração de direitos fundamentais era o indivíduo em si mesmo, alforriado por uma Constituição, da opressão do Estado.

A segunda geração de direitos fundamentais decorre do processo de industrialização, que foi acompanhado de inúmeros problemas sociais e econômicos que até então não se cogitava. A exploração de uma sociedade de trabalhadores faminta, vivendo em condições subumanas, inclusive mulheres e crianças, trouxe consigo movimentos sociais como a greve, o que exigiu do Estado um comportamento positivo. O descaso com os problemas sociais tornou a situação insuportável diante de uma população desesperada. Impôs-se, então, ao Estado um papel ativo, antes que se implantasse o caos. Surgem então direitos de natureza

social, tais como: saúde, educação, trabalho, assistência social. Passou-se a perseguir uma liberdade e igual material, não mais apenas formal. Acompanharam ainda, o surgimento do direito de greve, a liberdade sindical, bem como o reconhecimento de uma porção mínima de direitos aos trabalhadores. Houve, portanto, uma transposição de direitos meramente individualistas, para direitos de cunho social.

Como a sociedade evolui, o Direito, também a acompanha, despontando para os direitos fundamentais de terceira geração. Muda o foco da garantia perseguida. Os direitos individuais já solidificados abrem espaço para o surgimento de novos direitos reclamados pela humanidade. Surgem os direitos de terceira dimensão, cuja titularidade é coletiva, difusa. Destinam-se ao ser humano como ser social e coletivo, que transcendem a individualidade para resguardar a coletividade numa visão transindividual. Constituem-se nos direitos ao meio ambiente íntegro, à qualidade de vida, à preservação do patrimônio histórico e cultural, ou seja, direitos voltados à sociedade como um todo.

Traçado o desenvolvimento histórico do surgimento dos direitos fundamentais, impõe-se conceituá-los. O que, como de regra acontece com os institutos jurídicos, não se trata de tarefa fácil, muito menos unânime.

Há que se entender que o conceito de direitos fundamentais está entrelaçado com o próprio conceito de Constituição e de Estado de Direito, pois somente em um Estado de Direito é possível a aplicação dos direitos fundamentais, assim como, somente com a garantia de direitos fundamentais se encontra um Estado de Direito, para ambos, surge a necessidade da Constituição a regular tais relações. O constitucionalismo perderia toda sua expressão sem a garantia aos direitos fundamentais. Assim como, são as normas de direitos fundamentais que dão vida ao Estado de Direito, sem os quais este não existiria.

Assim, podemos afirmar que os direitos fundamentais constituem um conjunto de valores e garantias básicas consagrados na Constituição. Sendo fundamentos axiológicos, que configuram ao próprio funcionamento do Estado de Direito, criando a estrutura, amplitude e profundidade de toda a ordem jurisdicional infraconstitucional.

Trata-se, assim, de uma dimensão objetiva ou vertical dos direitos fundamentais.

Contudo, há também uma dimensão subjetiva ou horizontal dos direitos fundamentais, que atinge as relações privadas intraparticulares, nascida na doutrina alemã sob a denominação *Drittwirkung de Grundrechte*, em nosso ordenamento jurídico chamados de direitos de personalidade, conforme voltaremos a falar.

Contudo, de nada adiantaria a garantia de direitos fundamentais, se o indivíduo não tivesse a quem socorrer-se no caso de afronta aos mesmos.

A Constituição brasileira expressamente garante o acesso ao Poder Judiciário em seu artigo 5º, inciso XXXV. Portanto, elevando a garantia constitucional o livre acesso ao Judiciário. A função jurisdicional tem natureza de substituição da atividade privada por uma atividade pública, o Estado, através do Juiz, passa a afirmar o direito. Pois, no momento que retirou da pessoa o direito de autodefender-se da ameaça de terceiros e do próprio Estado, incumbiu-se de fornecer instrumentos necessários e adequados para que os jurisdicionados pudessem buscar a solução aos seus conflitos.

Dentre estes instrumentos, destaca-se o devido processo legal, com suas derivações do contraditório e da ampla defesa. Definir o que seja devido processo legal é tarefa árdua, senão impossível de ser realizada.

Num primeiro momento, tido como garantia de cumprimento de ordens procedimentais pelo Estado-Juiz, evoluiu para absorver conteúdo ideológico, tratando-se de um princípio que transcende a ideia de obediência legal. Consagrou-se, assim, como instrumento garantidor das partes a um acesso legítimo, regulamentar e previsível do Judiciário, sem surpresas ou juízos de exceção.

Indissociável do devido processo legal, encontra-se o princípio do contraditório. Classicamente o contraditório era entendido por seu aspecto formal, constituído pela participação da parte na demanda, na possibilidade de ser ouvido, participar do processo e ser comunicado de todos os atos, podendo manifestar-se. Modernamente, contudo, o contraditório possui uma dinâmica substancial, de origem germânica, denominada de “poder de influência”. Portanto, não basta mais o simples falar nos autos, necessário se faz que possa falar de forma a ser ouvido pelo Judiciário em condições de influenciar na decisão do magistrado.

Paralelamente ao contraditório encontra-se o princípio da ampla defesa, cujos conceitos e aspectos são imbricados a tal ponto que parte da doutrina chega a dispensar-lhes igual tratamento. Não há como negar-se que são figuras conexas,

contudo, não se confundem uma com a outra, porém se completam sem serem confundidas.

A ampla defesa se estende ao longo de todo o processo, garantindo à parte a prática de atos e poderes, de iniciativa processual e de produção probatória tendentes a demonstrar os fatos que dão suporte às suas alegações e teses defendidas, de tal forma a atuar sobre a persuasão racional do juiz em busca de uma decisão que lhe seja favorável. Portanto, inclui-se no princípio da ampla defesa o direito de ser citado, sustentar suas razões sem restrições, ter a assistência de profissional habilitado, exercer com amplitude seu direito à produção de provas e contraprovas, além da possibilidade de interpor todos os recursos admissíveis e previstos em lei.

Da análise dos princípios do contraditório e da ampla defesa, resulta evidenciado que a parte somente terá garantido o *duo process of law*, se puder exercer amplo direito probatório. Pois, de nada adianta a Constituição Federal garantir ao jurisdicionado o acesso ao Judiciário, se não lhe conferir a possibilidade concreta de demonstrar profundamente ser titular dos direitos que afirma ser, bem como a verdade dos fatos que alega. A necessidade de buscar a verdade dos fatos é pressuposto indispensável a uma tutela judicial justa. Pois, um Estado Democrático de Direito somente pode aceitar uma decisão justa, que para ser justa, deverá ser amparada na efetiva realidade dos fatos. Tem-se no direito à ampla produção probatória o ápice das garantias ao contraditório e a ampla defesa. A descoberta da verdade, objetiva, substancial, decorrente do conhecimento racional dos fatos, se traduz em ideal a ser perseguido pelo processo na satisfação dos preceitos fundamentais.

O contraditório garante às partes a mais ampla participação nos atos preparatórios ao desiderato final do processo, que é a sentença.

Contudo, nenhum princípio jurídico é absoluto, muitas vezes esbarrando em princípio, valores ou direitos de igual grandeza. Nasce, assim, a figura da prova ilícita. A Constituição Federal de 1988 expressamente proíbe a admissão de provas obtidas por meios ilícitos. Não obstante, há divergência na doutrina a respeito da admissão de provas ilícitas em determinados casos.

Nenhum direito ou princípio é absoluto, de tal forma que parece mais adequada a teoria alemã, *verhältnismässigkeitsmaxime*, ou, princípio da proporcionalidade, com tese intermediária.

A fim de que se entenda o postulado da proporcionalidade é necessário entender com quais direitos e valores o direito a amplitude probatória pode chocar-se. Assim, há breve comentário acerca dos direitos fundamentais, tanto na sua eficácia vertical, quanto em sua eficácia horizontal, para que se obtenha entendimento sobre os conflitos que podem ocorrer em relação ao direito de prova, caracterizando-a ou não como ilícita ou lícita, ou seja, com efetividade na solução do conflito posto em juízo.

Conforme exposto no início, ao relatar o histórico do surgimento dos direitos fundamentais no Estado Moderno, bem com sua conceituação, estes nasceram da necessidade imposta à sociedade em defender-se de um estado absolutista, que não oferecia o mínimo de garantias e liberdades individuais, ingerindo-se desmedidamente na vida das pessoas. Restou esclarecido, também, que estas liberdades e garantias individuais, colocadas como direitos fundamentais de defesa em face do Estado caracterizam a visão vertical dos mesmos, posto que há uma relação de ascendência do Estado sobre o indivíduo.

Contudo, com a evolução da sociedade, cada vez mais voltada ao aspecto econômico, as voltas com o fenômeno da globalização, que trouxe a figura de grupos e conglomerados econômicos, não raras vezes com mais poder que o próprio Estado, de forma a influir diretamente na sociedade de massa, causando reação no direito, que se viu obrigado a acompanhar dita evolução.

Com berço na doutrina alemã, passou a entender-se, que os direitos fundamentais, nascidos com a finalidade de proteger o indivíduo do Estado, numa relação pública, portanto, vertical, poderiam também ser aplicáveis nas relações privadas, intraparticulares, ou seja, em um plano horizontal.

Diversas foram as teorias que surgiram na defesa da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Três destas doutrinas destacaram-se.

A teoria negativa da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que ganhou corpo no direito americano, conhecida como *state action*. Trata-se de doutrina, que *prima facie*, nega eficácia aos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Os direitos fundamentais previstos no *Bill of Rights* da Carta Americana, impõe limitações apenas aos poderes públicos, não às relações intraparticulares, com exceção da proibição de escravidão. Ao longo dos anos ganhou algum tempero, para considerar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, desde que uma das partes sofresse alguma ingerência ou recebesse alguma subvenção do

poder público, ou que exercesse atividade de natureza essencialmente estatal, ainda que exploradas por particulares. Ao que parece tal doutrina sobrevive nos Estados Unidos mais pelo caráter individualista da cultura americana, que por razões sócio-jurídicas.

Nascida pela mãos de Günther Dürig, desponta a doutrina da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, no original alemão *Mitttelbare Drittwirkung*, tornou-se a doutrina dominante no direito germânico. Trata-se de teoria intermediária entre a *state action* e a doutrina da eficácia imediata. Segundo Dürig, os direitos fundamentais não ingressam automaticamente na esfera privada como direitos subjetivos, de forma a serem invocados diretamente da norma constitucional, a fim de resguardar a autonomia privada que garante ao indivíduo renunciar a direitos fundamentais no campo das relações privadas, o que é inadmissível no campo das relações com o Poder Público. Para tal doutrina incumbe ao legislador infraconstitucional, observando a autonomia da vontade, proteger os direitos fundamentais intraprivados estabelecendo uma ordem nas relações privadas de forma a compatibilizá-los com os valores constitucionais.

Também nascida pelas mãos de um doutrinador alemão, Hans Carl Nipperdey, na Alemanha da década de 50, a teoria da eficácia imediata ou direta dos direitos fundamentais, não logrou aceitação no direito germânico. Contudo, destacou-se no direito espanhol, português, italiano, bem como na América do Sul, iniciando pela Argentina. Trata-se de doutrina que reconhece aos direitos fundamentais eficácia direta no plano horizontal, ou seja, nas relações privadas, sem a necessidade de qualquer mediação por parte do legislador. Os direitos fundamentais podem ser invocados nas relações intraparticulares diretamente da Constituição Federal. A teoria preocupa-se com questões de ordem igualitária, buscando a correção de assimetrias sociais e consequente limitação dos poderes privados, sendo denominada pela doutrina de diversas formas: “direitos subjetivos essenciais”, “direitos essenciais da pessoa”, “direitos sobre a própria pessoa”, “direitos pessoais”, “direitos personalíssimos”.

A teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas foi adotada pelo Brasil, onde a expressão “direitos de personalidade” por influencia de Otto Von Gierke, ganhando ênfase com a promulgação do novo Código Civil em 2002, que expressamente adotou a denominação.

Contudo, todas se referem ao mesmo fenômeno, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, assim chamada por se dar entre entes que se encontram no mesmo plano, ou seja, nas relações privadas.

Embora existam várias classificações, pode-se afirmar que as categorias mais evidentes são o direito à vida e integridade física, à vida privada e intimidade, à imagem e à honra.

Resta evidenciado, assim, que os direitos fundamentais, entre eles a produção da prova no âmbito do processo, e os direitos de personalidade, são direitos ou princípios de primeira grandeza.

Princípios são espécie de normas jurídicas, paralelamente às regras, porém com elas não se confundem. Regras proíbem, permitem ou impõe algo, enquanto princípios são normas de otimização de um direito ou bem jurídico.

Regras quando entram em conflito resultam necessariamente na invalidade de uma, seja pela hierarquia seja pelo aspecto temporal, devendo ser extirpada do ordenamento jurídico. Contudo, entre princípios não há hierarquia, não podendo um princípio revogar o outro, tão pouco ser declarado inválido. Princípios, como norma de otimização devem conviver, mesmo quando instaurado algum conflito.

Se um princípio não revoga outro, sendo necessária sua convivência, vem a tona a problemática que o presente estudo pretende descortinar, em que medida é possível conciliar o direito à prova com os direitos de personalidade?

A pesquisa foi buscar amparo em Robert Alexy, para quem ocorre colisão quando dois princípios isoladamente considerados conduzem a uma contradição. Esta colisão não é resolvida pela declaração de invalidade de um dos princípios, excluindo-o do ordenamento jurídico, a exemplo do que ocorre no conflito entre regras. Partindo da premissa que ao se relacionarem os princípios podem se tornar incompatíveis entre si, o doutrinador alemão, propõe a criação do que chama de “Lei de Colisão”, com o intuito de resolver casos em que ocorre tal confronto. Trata-se de ponderação de precedências e pesos dos princípios em colisão, no caso concreto, utilizando como ferramenta o postulado da proporcionalidade.

O postulado da proporcionalidade tem aplicação quando a conjuntura em um dado momento apresenta relação de causalidade entre dois elementos que possam ser empiricamente discerníveis, sendo esta relação, composta de um meio e um fim, de tal sorte, a saber, se um ato restritivo guarda relação de adequação, de necessidade e de proporcionalidade em sentido estrito. Sua aplicação depende de

um meio, um fim concreto e uma relação de causalidade entre eles. Ressalte-se que proporcionalidade não se confunde com razoabilidade, esta não impõe uma relação de causalidade entre meio e fim. Enquanto, proporcionalidade é um meio adequado a se atingir um fim.

Em pesquisa jurisprudencial, pode-se verificar que o Supremo Tribunal Federal tem adotado expressamente o postulado da proporcionalidade em vários casos que se colocam princípios em conflitos .

Contudo, ao buscar na casuística, decisões dos diversos Tribunais, quanto à aplicação da proporcionalidade em matéria de prova, verifica-se que ainda há muita timidez por parte dos mesmos, em relação a tal forma de composição do confronto entre o princípio à ampla produção probatória e os direitos de personalidade de terceiros.

Os casos mais evidentes que se apresentam são relacionados às escutas telefônicas e ao monitoramento de e-mail's corporativos, fora destas situações, a jurisprudência demonstrou-se pobre na aplicação do postulado da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Traducción de Ernesto Garón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1993.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ALVIM, J. E. Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. Atualizada até a Emenda Constitucional nº 56. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARACAT, Eduardo Milléo. **A boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da Amplitude de Produção Probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz (Coord). **Garantias constitucionais do processo civil**. Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1999. p. 151-189.

BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional fundamentos teóricos**. São Paulo: Manole, 2005. v. 1.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**: Para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

_____. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho.** São Paulo. LTr. 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Do estado liberal ao estado social.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

———. **Curso de direito constitucional.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BORBA, Guillermo A. **Tratado de derecho civil: parte general.** 10. ed. Buenos Aires: Perrot, 1991. v. 1.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL: Lei 10.406, promulgada em 10 de janeiro de 2002. **Código Civil.**
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm
Acesso em 03 junho 2010.

BRASIL: **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 5.10.1988.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm .
Acesso em: 10 junho 2010.

BRASIL: **Constituição do Império.** Outorgada em 22 de abril de 1824.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm.
Acesso em 10 junho 2010.

BRASIL: **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Promulgada em 18 de setembro de 1946.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm
Acesso em: 10 junho 2010.

BRASIL: **Constituição da República Federativa do Brasil (1967).** Emenda Constitucional Nº 1. Promulgada em 17 de outubro de 1969.
Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>
Acesso em: 10 junho 2010.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. Recurso extraordinário RE 158215/RS Órgão Julgador: Segunda turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 30/04/1996. Publicação DJ 07-06-1996. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.E 158215.NUME.\) OU \(RE.ACMS. ADJ2 158215.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.E 158215.NUME.) OU (RE.ACMS. ADJ2 158215.ACMS.)&base=baseAcordaos). Acesso em: 11 junho 2010.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Recurso extraordinário RE 161243/DF. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Carlos Velloso Julgamento: 29/10/1996. Publicação DJ 19-12-1997 Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(RE\\$.SCLA.E 161243.NUME.\) OU \(RE.ACMS. ADJ2 161243.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(RE$.SCLA.E 161243.NUME.) OU (RE.ACMS. ADJ2 161243.ACMS.)&base=baseAcordaos)> Acesso em: 11 junho 2010.

BRASIL: **Supremo Tribunal Federal**. Tribunal Pleno. Decisão proferida no recurso extraordinário RE 466.331-0. EMENTA: PRISÃO CIVIL. Julgamento conjunto do RE 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 13 junho 2010.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. Processo: RR - 61300-23.2000.5.10.0013 Data de Julgamento: 18/05/2005, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 10/06/2005. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-61300-23.2000.5.10.0013&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAgNcAAS&dataPublicacao=10/06/2005&query=>>> Acesso em: 19 jun 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição federal anotada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CALDAS, Pedro Frederico. **Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral**. São Paulo: Forense, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Systemdenken und Systembegriff in der jurisprudenzen**. Berlin: Duncker und Humblot, 1983.

CARNELUTTI, Francesco. **La prueba civil**. Tradución para español de Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo. Buenos Aires: Arayú, 1955.

CHAVES, Antonio. **Direito á vida e ao próprio corpo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

CHIOVENDA, Gioseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009.

CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. 3. ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Astrea, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas Notas sobre Colisão de Direitos fundamentais. In GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo. (Coords.) **Estudos de direito constitucional**: em Homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 231-243.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA RICA: **Convención americana sobre derechos humanos**. Pacto de San José de Costa Rica. San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.

Disponível em:

seguridad.queretaro.gob.mx/.../Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf – Acesso em: 13 junho 2010.

COUTURE, Eduardo Juan. **Estudios de derecho procesal civil: las garantías constitucionales del proceso civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1989, p. 50-51

CRISTÓVAM, José Sergio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica. Curitiba: Juruá, 2009.

CRUZ, Rafael Naranjo de la. **Los limites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares**: La buena Fé. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales. 2000.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos de personalidade**. Tradução de Vera Jardim e Antonio Miguel Caleiro. Lisboa: Moraes, 1961.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra. 2004. v. 1.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 11. ed. Salvador: Juspodium, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Traducción de Marta Guastavino. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989.

ESPANHA: Tribunal Supremo Espanhol, Sala 2ª, sentença de 16.03.1995 – citado por MUNÓZ, Luis Gálvez. **La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales**. Navarra: Aranzadi, 2003, p. 171

ESSER, Josef, **Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung de Privatrechts**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1990.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Direito à prova e dignidade humana: cooperação e proporcionalidade em provas condicionas à disposição física da pessoa humana (abordagem comparativa)**. São Paulo: LTr, 2007.

FRANÇA, Limongi. **Direitos da personalidade I (verbete)**. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo: Saraiva, 1982, v. 28.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. 3 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1975, v. 1.

GOMES, Joaquim B. Barbosa, **Ação afirmativa & princípio da igualdade**. O Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990.

GRECO, Leonardo. **Estudos de direito processual**. Campos dos Goyatazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. I.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas**. 2. ed., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **A marcha processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional y derecho privado**. Tradución para el español de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.

JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JAQUES, Paulino. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1958.

LARENZ, Karl. **Richtiges recht**. München, Beck, 1979.

LEITE, Eduardo de Oliveira, **Monografia jurídica**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LUÑO, Antonio-Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Pietro Nasseti. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória. Julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____; ARANHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade do processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 55.

MESQUITA, Gil Ferreira de. **Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2003.

MINAS GERAIS. **Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região**. 00175-2004-077-03-00-8 RO. Relator: Luiz Ronan Neves Koury . Publicação 10/09/2004 - DJMG - Página 10

Disponível em:

<http://as1.trt3.jus.br/consultaunificada/mostrarDetalheLupa.do?evento=Detalhar&idProcesso=RO++0410875&idAndamento=RO++0410875PACO20040910+++++8594000>
 Acesso em: 20 jun 2010.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**. Os três caminhos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2008.

MUNÓZ, Luis Gálvez. **La ineficacia de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales**. Navarra: Aranzadi, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na constituição**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

QUADRA-SALCEDO, Tomás. **El recurso de amparo y los derechos fundamentales entre particulares**. Madrid: Civitas, 1981.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. **Las escuchas telefônicas y la prueba ilegalmente obtenida**. Espanha: Akal, 1989.

RIBEIRO, Luiz J.J., **A prova ilícita no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão - Processo 0065600-17.2005.5.04.0402 (RO) Redator: JOSÉ FELIPE LEDUR Data: 13/07/2006 Origem: 2ª Vara do Trabalho de Caxias do Sul**
http://iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo.ExibirAcordaoRTF?pCodAndamento=23936670
 Acesso em: 20 jun 2010.

SÃO PAULO. **Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região. 00624200406202004, Acórdão Nº 20080267615. Relator Adalberto Martins. Disponível em:**
 <<http://gsa.trtsp.jus.br/search?q=cache:ln47sE1XMfsJ:trtcons.trtsp.jus.br/cgi-bin/db2www/aconet.mac/main%3Fselacordao%3D20080267615%26a%3Dabc+%22>

principio+da+proporcionalidade%22+%22prova+il%C3%ADcita%22&site=Acordaos&client=trt2Acordao&lr=lang_pt&access=p&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=trt2Acordao&oe=UTF-8 >
Acesso em: 20 jun 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. Colisão entre direitos fundamentais e interesses públicos. *In* SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Prof. Ricardo L. Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 267 - 323.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro: v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

SIMÓN, Sandra Lia. **A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado**. São Paulo: LTr. 2000.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARUFFO, Michele, **La prova dei fatti giuridici – Nozioni generali**. Milano: Giuffrè, 1992, p. 421

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A Prova no processo do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 1994.

UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 4. ed. Atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. São Paulo: Atlas. 2004.

Deposite-se na Secretaria do Mestrado.

Professor (a) Orientador (a) Curitiba, ____/____/____

Recebido em: ____/____/____

Secretaria

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)